

UNIVERSITÉ DE PARIS

FACULTÉ DE DROIT

DE LA

Réforme de l'hypothèque judiciaire

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

sera soutenu devant la Faculté de Droit de Paris,

le Lundi 13 Juin 1898, à 10 heures

PAR

M. ALFRED LECLERCQ

Président : M. PLANIOL.

Suffragants : { MM. PILLET.
PIÉDELIEVRE.

LILLE

IMP. J. PETIT-RAGOT, 21-23, RUE SAINT-JACQUES

1898



Digitized by the Internet Archive
in 2026

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS

FACULTÉ DE DROIT

DE LA

Réforme de l'hypothèque judiciaire

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

sera soutenu devant la Faculté de Droit de Paris,

le Lundi 13 Juin 1898, à 10 heures

PAR

M. ALFRED LECLERCQ

Président : M. PLANIOL.

Suffragants :

{ MM. PILLET.

{ PIÉDELIÈVRE.

LILLE

IMP. J. PETIT-RAGOT, 21-23, RUE SAINT-JACQUES

1898



INTRODUCTION

L'étude de l'hypothèque judiciaire a été faite tant de fois que nous n'avons pas cru nécessaire de la recommencer.

Nous laisserons donc de côté l'historique et l'étude de cette hypothèque dans notre droit actuel.

La critique de l'hypothèque judiciaire et l'examen détaillé des différents projets de réforme, voilà quel sera l'objet de cette thèse.



PREMIÈRE PARTIE

Critique de l'hypothèse judiciaire

Dans la préface de son ouvrage sur les hypothèques, Troplong écrivait en 1832 : « Au milieu des événements qui nous pressent, sera-t-il permis au législateur de tourner ses méditations vers ces paisibles débats de la science ? » Il faisait ainsi allusion à la réforme de notre titre des hypothèques qu'il avait déclaré urgente. Depuis cette date, de nombreux événements se sont produits en France. Le travail législatif a été souvent entravé. Nos représentants à l'heure actuelle, trop visiblement préoccupés de leurs propres intérêts électoraux, n'apportent pas à la réforme si nécessaire de notre Code civil, toute l'énergie qu'on en devrait attendre. Les meilleurs projets de loi sommeillent paisiblement, à l'abri de toute discussion dans les cartons de nos deux Palais Législatifs. De tous côtés cependant les hommes compétents, jurisconsultes ou professeurs, réclament à grands cris cette réforme tant promise. Grâce à leur énergique persévérance, un projet de loi a été déposé par M. Darlan, ministre de la justice, au Sénat dans la séance du 27 octobre 1896. Dans les motifs M. Darlan dit : « Nous supprimons d'une façon absolue l'hypothèque judiciaire. » C'est une véritable suppression pure et simple.

CHAPITRE I.

Condammnation de l'hypothèque attachée aux jugements de reconnaissance

Il y a d'abord une partie du système de loi sur l'hypothèque judiciaire qui doit être impitoyablement supprimée. Les partisans les plus résolus de l'hypothèque judiciaire n'osent pas prendre sa défense. C'est l'hypothèque attachée aux jugements de reconnaissance ou de vérification d'écritures.

L'acte judiciaire est la constatation d'un fait par les magistrats, le jugement est la décision d'un tribunal sur un différend. La loi leur attribue à l'un et à l'autre la force hypothécaire; mais nous avons vu que, si tous les jugements n'emportent pas hypothèque, il en est de même des actes judiciaires.

Si l'on ne consultait que l'article 2117 « l'hypothèque judiciaire est celle qui résulte des jugements ou actes judiciaires, » sa généralité nous permettrait de lui reconnaître cette prérogative. Mais l'article 2123 vient restreindre l'étendue du domaine de l'hypothèque judiciaire, en ne l'attachant qu'à ceux « portant recon-

naissance aux vérifications faites en jugement des signatures apposées à un acte obligatoire sous seing privé. » Or c'est ce dernier article qui contient la véritable pensée de la loi.

Je prétends que vous me devez telle somme en vertu de tel acte sous seing privé. Je vous appelle devant le tribunal en reconnaissance d'écritures. Si vous reconnaissez votre signature devant le tribunal et si ce dernier m'en donne acte, j'aurais ainsi obtenu un acte judiciaire qui emportera l'hypothèque. Si vous contestez et que la signature soit reconnue pour vôtre, il y a jugement qui emporte hypothèque.

Il y a ici pour le créancier de grands avantages. Il a aujourd'hui à sa disposition toutes les preuves nécessaires pour établir son droit de créance. Mais ces preuves peuvent disparaître plus tard. En obtenant la vérification ou la reconnaissance de son titre, il le rend presque inattaquable, car la seule arme dont on puisse se servir contre lui est l'arme dangereuse de l'inscription de faux. En somme, par la reconnaissance, on arrive à donner au porteur d'un acte sous seing privé la même situation, au point de vue de la preuve, qu'au porteur d'un acte notarié.

Ce devrait être là le seul but de l'action en reconnaissance ou en vérification. Anciennement les actes notariés emportant hypothèque de plein droit, il était tout naturel que les actes privés, qu'on leur assimilait par la reconnaissance, emportassent à leur tour hypothèque. Mais maintenant comment expliquer l'obtention de l'hypothèque, quand le créancier demande simplement à la justice la constatation de son droit ? Comment

admettre qu'un acte sous seing privé reconnu ait une force exécutoire plus grande qu'un acte authentique.

Comme le dit très justement Accollas (1) en se faisant consentir par son débiteur une reconnaissance sous seing privé, le créancier peut arriver, en dehors de toute volonté et de toute intention du débiteur, à se procurer sur les biens de ce débiteur une hypothèque générale qu'il aura le droit de faire inscrire dès le lendemain de l'échéance s'il n'est pas payé.

L'hypothèque judiciaire attachée aux actes judiciaires est sans cause, c'est-à-dire illogique, injuste et dangereuse.

Elle est sans cause, car le seul objet de la reconnaissance ou de la vérification est la signature : l'obligation n'est pas exigible, elle ne pouvait ni ne devait être comprise dans l'action.

Elle est dangereuse, car elle est favorable aux fraudes. Vous empruntez pour faire face à une dépense imprévue ; vous vous engagez par un acte sous seing privé afin de ne pas ébranler votre crédit par la publicité de votre gêne momentanée. Mais votre créancier s'est contenté de cette modeste garantie. Mais il n'était pas sincère. Le lendemain il vous appelle en reconnaissance d'écriture. Une hypothèque générale grève tous vos biens et son inscription fait connaître à tous les intéressés la précarité de votre situation.

La loi du 3 septembre 1807, a corrigé un peu cet état de choses révoltant : l'inscription ne peut plus être prise maintenant que le lendemain de l'échéance. Mais,

(1) Accollas T. I., p. 742, § 3.

d'autres inconvénients subsistent. C'est un avantage immense que la loi de 1807 a laissé au créancier en lui accordant une hypothèque qu'il peut inscrire après l'échéance. Cette menace d'inscription qu'il tient suspendue au-dessus de la tête de son débiteur, poussera toujours ce dernier à accepter les plus dures concessions.

D'ailleurs, la loi de 1807, se détruit elle-même en autorisant les parties à insérer dans le contrat une stipulation contraire. C'est tout à fait illogique, car ainsi que l'a fait remarquer la Faculté de Caen * dans l'enquête de 1841, de deux choses l'une : ou cette hypothèque est judiciaire et alors, elle ne devrait jamais être inscrite avant l'exigibilité, ou elle est conventionnelle, et alors elle doit être spéciale.

Elle est encore dangereuse, parce qu'elle est favorable aux fraudes : elle permet d'arriver, au moyen d'un détour, à créer des hypothèques générales. Le législateur, en attachant l'hypothèque aux jugements de reconnaissance, a indiqué lui-même un moyen de tourner facilement le principe de la spécialité. Il n'y a rien de plus facile en effet que de se procurer une hypothèque générale en dépit de la loi, par l'intermédiaire de la loi.

Je prête, en stipulant de mon débiteur, conformément au dernier alinéa de l'article de la loi de 1807, que je pourrai inscrire mon hypothèque immédiatement après la reconnaissance ; je l'assigne aussitôt et mon but est atteint. L'emprunteur, à bout de ressources,

* Doc. Hyp. Fasc. III, p. 284.

acculé à une impasse funeste pour son crédit, a consenti tout ce que je lui imposais.

Mais bien plus, on peut obtenir une hypothèque générale même contre la volonté du débiteur. J'aurais bien prêté par acte notarié une somme d'argent, si l'emprunteur m'avait consenti une hypothèque spéciale, garantissant mon remboursement. Il n'a pas voulu. Je lui ai avancé ce qu'il me demandait. Un titre sous seing privé, contient son engagement. J'appelle mon débiteur en reconnaissance d'écriture, et j'obtiens ainsi contre lui un jugement ou un acte judiciaire, qui, l'un et l'autre, emportent hypothèque générale sur tous ses biens. Ce qu'il m'a refusé, je l'obtiens par ruse et la loi sanctionne cette fraude ; que dis-je ? elle me fournit elle-même les moyens de la commettre à l'abri de toute poursuite.

On peut même au moyen d'une anti-date, ou d'un billet mensonger obtenir une hypothèque générale, avant même que l'obligation soit née, avant même que les deniers aient été versés entre les mains de l'emprunteur.

Les usuriers connaissent tout ce que l'on peut tirer de l'hypothèque produite par la reconnaissance. Ils s'en servent, et, à l'abri de cette fraude légale, ils épuisent toutes les ressources de leurs victimes. C'est la Faculté de Strasbourg, qui, dans l'enquête de 1841, dénonça, la première, les opérations frauduleuses, dont se rendaient coupables les usuriers sous l'égide protectrice des reconnaissances d'écritures. Dès le premier prêt, l'usurier tient dans ses mains le patrimoine immobilier de son débiteur. Il pourra le saisir et le faire

vendre sans devoir faire examiner en justice sa créance et en obtenir la force exécutoire. L'hypothèque judiciaire, née de la reconnaissance du premier prêt, servira même d'épouvantail par la suite et forcera le débiteur à souffrir toutes les exigences de son créancier.

Que de fois n'avons-nous pas vu les mêmes manœuvres frauduleuses se produire dans nos campagnes ? L'usurier avance au fermier gêné (et ils le sont presque tous maintenant) la somme d'argent dont il a besoin. Il ne lui demande qu'un simple acte sous seing privé, qu'il viendra reconnaître devant le juge de paix. Le fermier, ignorant et confiant, signe et reconnaît sa signature en justice de paix. Aussitôt l'hypothèque judiciaire naît et plane menaçante au-dessus de tout le patrimoine du débiteur. Le lendemain même de l'échéance, l'usurier inscrit son hypothèque, provoque la vente et s'empare à vil prix de ces terres, si difficilement acquises et si péniblement conservées par le paysan.

Nous venons de le voir, l'hypothèque judiciaire, attachée aux jugements de reconnaissances est profondément injuste. Elle est aussi illogique. Comment expliquer qu'un acte sous seing privé reconnu emporte hypothèque générale sur tout le patrimoine et que cette garantie légale ne soit pas donnée aussi au titre authentique ?

Je vous ai emprunté mille francs par acte sous seing privé. Je ne conteste pas ma dette. Néanmoins vous m'appelez en reconnaissance et vous obtenez sur mes biens une hypothèque générale que vous pourrez inscrire le lendemain de l'échéance.

Je suppose que j'ai emprunté également mille francs — à une autre personne par acte authentique et que cette seconde créance vient à échéance à la même époque que la première. Mon premier créancier a agi, comme je l'ai dit, en reconnaissance d'écriture et le lendemain même de l'échéance ou de l'exigibilité de la dette, il inscrira son hypothèque. Le second au contraire ne pourra pas agir jusqu'à l'époque de l'échéance ou de l'exigibilité, car son titre ne comporte pas la procédure de la vérification d'écritures. Tout ce qu'il pourra faire c'est m'attaquer aussitôt après l'échéance. Si je ne paie pas, il obtiendra contre moi un jugement qui entraînera l'hypothèque judiciaire. Mais il faut du temps pour obtenir ce jugement et, quand il voudra inscrire son hypothèque, il se trouvera forcément primé par l'inscription du créancier dont le titre était sous seing privé.

C'est donc le créancier dont le titre est le moins avantageux qui sera préféré.

M. Pont, qui admet que les jugements passés d'accord engendrent l'hypothèque judiciaire comme les décisions intervenues après contestation sérieuse, refuse cependant cet effet aux jugements de reconnaissance, rendus par un juge de paix sur comparution volontaire des parties. En rendant de pareils jugements, les juges de paix, dit-il, empiètent sur le domaine des notaires et donnent aux parties le moyen facile d'établir une hypothèque générale, c'est-à-dire de faire indirectement ce que la loi ne permet pas de faire directement. Mais la solution contraire s'impose, car elle résulte de la combinaison de l'article 2123 avec le principe que l'autorité

de la chose jugée s'étend aussi bien aux jugements passés d'accord qu'aux jugements rendus après contestation sérieuse. D'ailleurs si la théorie de M. Pont devait être admise, il serait facile d'en éluder l'application : on n'aurait qu'à simuler une difficulté devant le juge de paix sur l'époque du paiement et obtenir ainsi un jugement qui fixe la date de l'échéance. Non, la généralité des termes de l'article 2123 ne permet pas de faire la distinction proposée par M. Pont. Tous les jugements en reconnaissance d'écritures, obtenus ou non de l'accord des parties, engendrent une hypothèque judiciaire sur les biens du débiteur. La bizarrerie, que nous signalions tout à l'heure, subsiste donc : le porteur d'un acte sous seing privé reconnu est préféré au porteur d'un acte authentique, parce qu'il pourra toujours s'il le veut, inscrire le premier son hypothèque.

M. Demante soutient qu'il faut permettre au porteur d'un titre exécutoire de s'adresser à la justice pour faire condamner le débiteur et obtenir ainsi l'hypothèque judiciaire. Mais sur quoi le créancier basera-t-il sa demande ? Sa créance est reconnue par un acte authentique. Elle n'est donc pas contestée par le débiteur ni par les tiers. Ils ne pourraient le faire qu'en intentant une action en désaveu et en s'inscrivant en faux. Tant qu'ils n'agissent pas de la sorte, ils sont censés reconnaître l'acte authentique comme valable à leurs yeux. Armé d'un titre exécutoire, suffisamment protégé par lui, le créancier, en s'adressant à la justice, ne pourrait avoir pour but que d'obtenir une hypothèque contrairement à la convention des parties. A cette objection M. Demante réplique que la justice ne

peut pas se refuser de reconnaître l'existence d'un droit qui, pour n'être pas contesté, est en souffrance par la faute d'un débiteur, qui oppose la force d'inertie aux justes exigences du créancier ; qu'il est bon que la justice condamne ce débiteur. Nous nous demandons quelles sont ces justes exigences du créancier. Tant que la dette n'est pas échue, le créancier ne peut agir. Son débiteur ne s'est engagé qu'à une seule chose : payer à l'échéance. Tant que le terme n'est pas échu, le débiteur n'a pas à s'exécuter et par conséquent cette force d'inertie, dont parle M. Demante, ne peut lui être reprochée. Si le Code Civil attache l'hypothèque judiciaire au jugement de reconnaissance d'écritures, rendu avant l'échéance, réplique M. Demante, il ne peut pas la refuser au créancier porteur d'un titre exécutoire, qui ne peut certainement agir qu'après l'exigibilité de la dette. La véritable réponse est que le Code n'aurait pas dû l'accorder aux jugements de reconnaissance, parce qu'ils n'emportent pas de condamnation. L'hypothèque est une garantie. Pour qu'il y ait lieu à garantie, il faut qu'il existe une obligation. Or ici le jugement de reconnaissance ne fait naître aucune obligation. Il reconnaît purement et simplement l'existence d'une obligation conventionnelle. La seule garantie hypothécaire qui pourrait appartenir en ce cas au créancier, c'est l'hypothèque conventionnelle.

On ne saurait donc expliquer par aucune raison plausible, l'existence de l'hypothèque judiciaire attachée aux jugements de reconnaissance. Mais tant qu'une loi n'est pas intervenue, abrogeant l'article 2123 qui la leur accorde, on sera obligé de la subir. Nous n'en vou-

lons pour preuve que quatre jugements, dont on nous permettra de citer des extraits. On se rendra ainsi compte des bizarreries et des inconvénients de l'hypothèque judiciaire.

Le créancier porteur d'un titre authentique et exécutoire est irrecevable à demander une condamnation pour le paiement de sa créance.

Première espèce. — Les consorts Roubier ont consenti, au profit de Delorme et Cie, le 23 août 1870, devant M^e Dufour notaire, une obligation avec affectation hypothécaire pour 19,500 francs. Les immeubles affectés furent vendus, mais le prix ne permit pas de désintéresser la maison Delorme. Depuis cette époque, des immeubles étant échus aux consorts Roubier dans une succession, la maison Delorme a saisi le tribunal d'une demande en paiement des 19,500 francs afin de pouvoir prendre une inscription hypothécaire.

Le tribunal civil de la Seine a rendu le 23 mai 1876 le jugement suivant :

« Attendu...

En ce qui touche la demande relative à la créance. Attendu qu'elle est *irrecevable* puisque les sieurs Delorme et Cie, sont *porteurs d'un acte authentique et exécutoire*; (art. 1319 du Code civil).

Que la voix parée est exclusive de l'action en paiement qu'elle rend complètement inutile : »

En ce qui touche la demande en supplément d'hypothèque.

Le tribunal rejette la demande, en invoquant l'article 2123 du Code civil qui n'autorise le créancier à poursuivre le recouvrement immédiat de sa créance ou à

demander un supplément d'hypothèque que lorsque les biens sont devenus insuffisants par cas de force majeure.

Deuxième espèce. — Dans une deuxième espèce, le produit de la vente des meubles étant insuffisant pour payer le loyer, le créancier demandait au tribunal l'autorisation de prendre une hypothèque sur les biens présents et à venir des époux Lefin. Le tribunal civil de la Seine 14 juillet 1877 rejette la demande.

Attendu que cette demande est tout à fait anormale.

Attendu en effet que s'il s'agit d'une inscription judiciaire, elle ne peut être demandée d'une manière directe et indépendamment de toute condamnation au tribunal; qu'en effet, aux termes de l'article 2123 du Code civil, l'hypothèque judiciaire résulte des jugements en faveur de celui qui les a obtenus; que, dans l'espèce, une condamnation directe n'est pas demandée contre les époux Lefin pour le capital des loyers, les consorts Veyron reconnaissant vis-à-vis d'eux ce qu'ils ont eu le tort de méconnaître vis-à-vis de Proton, à savoir, qu'*étant débiteurs en vertu d'un acte authentique, il n'y a pas lieu à condamnation contre eux.*

Troisième espèce. — Attendu que le sieur Binard, créancier du sieur Abt, en vertu d'une obligation souscrite devant M^e Breugnon, notaire à Pantin, le 4 juillet 1876 enregistrée, d'une somme de 7,500 francs avec intérêts stipulés à 5 % l'an, a actionné son débiteur devant le tribunal à l'effet de s'entendre condamner à lui payer la somme de 286 francs 75, montant des intérêts dus depuis le 1^{er} janvier 1877 et de se voir autorisé à prendre inscription d'hypothèque judiciaire pour la

garantie du capital exigible depuis le 23 août 1877.

Attendu que cette double demande est *irrecevable*, que le sieur Binard, *étant porteur d'un titre authentique et exécutoire*, non seulement pour le capital, mais encore pour les intérêts qui y sont formellement stipulés *à la voie parée* tant pour le capital que pour les intérêts, et que cette *voie est complètement exclusive de l'action en paiement*, qu'elle rend inutile et frustatoire.

Attendu que dès qu'il est constant, que l'action judiciaire est fermée au porteur d'un titre authentique et exécutoire tant pour le capital que pour les intérêts lorsque ceux-ci y sont stipulés, la demande directe d'une hypothèque judiciaire est tout à fait anormale; qu'en effet, aux termes de l'article 2123 du Code civil, l'hypothèque judiciaire résulte des jugements en faveur de celui qui les a obtenus, mais que cette hypothèque ne peut jamais être indépendante de toute condamnation au paiement ou de toute fixation de dette prononcée par le tribunal, sur la demande qui lui en est faite; qu'ainsi le tribunal n'a pas à accorder un droit que la loi attache au jugement lui-même et dont l'exercice est à la libre disposition comme aux risques de celui qui en est investi et qui peut avoir à le faire valoir contre des tiers, qui eux-mêmes peuvent avoir à le discuter ;

Attendu que les bénéfices de la voie parée assurés au titre authentique et refusés au titre sous seing privé, compensent suffisamment les inconvénients du silence du titre authentique relativement à l'hypothèque, et les avantages de l'action ouverte au porteur du titre sous seing privé; que d'ailleurs le créancier a à s'imputer à

lui-même d'avoir fait confiance à son débiteur et de n'avoir pas exigé une hypothèque, lorsqu'il exigeait un titre authentique qui lui offrait le moyen légal de la faire constituer ;

Que la loi, qui ne donne pas au créancier hypothécaire dont le gage a été insuffisant par toute autre cause que celles prévues par l'article 2131 du Code civil, le droit de demander un supplément d'hypothèque au tribunal, ne pourrait, sans inconséquence, autoriser la concession d'une hypothèque judiciaire au créancier qui n'a même pas pris la précaution de se faire consentir une simple hypothèque conventionnelle ;

Par ces motifs,

Déclare le sieur Binard non recevable dans sa demande en condamnation aux intérêts stipulés dans le titre exécutoire dont il est porteur, ainsi qu'en autorisation de prendre une inscription d'hypothèque judiciaire pour le capital.

L'en déboute et le condamne aux dépens.

Quatrième espèce. — Cordier est porteur d'une obligation passée devant notaire par laquelle les époux Giffault se sont reconnus ses débiteurs de 3000 francs avec intérêts et sous la garantie hypothécaire d'un immeuble déterminé. N'ayant pas été colloqué en ordre utile sur le prix de cet immeuble par suite de l'insuffisance de ce prix et voulant obtenir un jugement qui lui permette de prendre une hypothèque judiciaire sur un autre immeuble, il assigne les époux Giffault devant le tribunal pour les faire condamner à lui payer les 3000 francs qu'ils lui doivent.

Le tribunal civil de la Seine repoussa sa demande le 16 mars 1878, en se basant sur les motifs suivants :

Attendu que, si le créancier a en principe le droit de faire prononcer en justice une condamnation contre son débiteur qui ne l'a pas payé, l'exercice de ce droit a pour effet et pour but principal et direct, d'obtenir contre ce débiteur un titre paré en vertu duquel il puisse procéder à des actes d'exécution ;

Attendu dès lors que ce droit de solliciter et d'obtenir contre le débiteur un jugement de condamnation ne saurait subsister au profit du créancier déjà muni d'un titre paré résultant d'une obligation notariée ;

Attendu qu'il importe peu que le créancier en vertu d'un simple acte sous seing privé et qui a incontestablement le droit de demander condamnation à défaut de paiement et d'obtenir ainsi une hypothèque judiciaire, paraisse plus favorisé que le créancier porteur d'un acte notarié ;

Que cette faveur apparente est plus que compensée par les difficultés et les obstacles que le débiteur de mauvaise foi peut susciter contre l'obtention du jugement, tandis que le créancier par acte notarié peut agir immédiatement par les voies d'exécution ;

Qu'enfin si ses intérêts (du porteur de l'acte notarié) restent compromis, c'est par suite d'une lacune du régime hypothécaire du Code, qui, en enlevant au titre notarié la force hypothécaire qu'il avait de plein droit sous l'empire de la loi du 9 messidor an III, a réglé d'une manière rigoureuse les garanties des créanciers. (1)

(1) On nous pardonnera d'avoir cité presque en entier les considérants de ces quatre jugements que nous avons trouvés dans la Revue du notariat n° 5634 (juillet 1878). C'était la meilleure argumentation que nous puissions employer contre les jugements de reconnaissance d'écritures.

Nous ne pouvons applaudir à ce dernier considérant. Sans doute les tribunaux ne peuvent refuser l'hypothèque judiciaire que le législateur a attachée aux jugements de reconnaissance, mais ils ne devraient pas sembler regretter la disparition de l'hypothèque accordée dans l'ancien droit à tout acte notarié. Il serait à souhaiter que dans le plus bref délai une loi abolît l'effet hypothécaire accordé aux jugements de reconnaissance, qu'ils soient rendus par le juge de paix avec le consentement des deux parties, ou qu'ils soient rendus par le tribunal civil après contestation.

Comme le dit M. Valette, pourquoi ne pas avoir en 1807, au lieu d'apporter une modeste réforme, supprimé radicalement l'hypothèque attachée aux jugements de reconnaissance? « Quelle étrange invention que celle d'une hypothèque actuellement produite par un acte mais qui ne doit prendre date que plus tard et qui peut, malgré la vigilance du créancier, être primée par vingt hypothèques postérieures. » (1)

L'ancien droit, qui accordait si facilement des hypothèques générales, avait fini par admettre en faveur du crédit commercial une exception remarquable d'après une déclaration du roi du 2 janvier 1717 : (2) « Voulons qu'aucuns porteurs de billets ou lettres de change ne puissent à l'avenir et en aucun cas, prétendre avoir, par le protêt signifié ou dénoncé tant par les huissiers et sergents que par des notaires, une hypothèque sur les biens des tireurs et endosseurs ni des particuliers sur qui les dits billets ou lettres de change ont été

(1) Valette Mélanges p. 337.

(2) Denisart. Lettres de change n° 52.

tirés. » Les jugements rendus avant l'échéance des billets et lettres de change, ou autres billets et promesses passés pour faits de commerce et marchandises ne pouvaient produire aucune hypothèque sur les biens du débiteur.

La réforme urgente qui s'impose donc à l'heure actuelle au législateur, c'est d'étendre à tous les cas possibles ce que la déclaration de 1717 avait limité aux billets de commerce et supprimer toute hypothèque provenant des reconnaissances ou vérifications d'écritures privées.

Ce sera œuvre de bon législateur que de supprimer ce moyen légal de fraude et de déloyauté. Comme le dit Monsieur Garsonnet, « n'avoir pas stipulé d'hypothèque conventionnelle et agir immédiatement à seule fin d'obtenir l'hypothèque judiciaire en reconnaissance ou en vérification d'un billet dont l'écriture n'est aucunement contestée c'est presque une déloyauté, car on se procure ainsi, malgré le débiteur, une garantie qu'il n'a pas accordée et qu'il avait le droit de refuser » (1).

Toutes ces inconséquences et toutes ces injustices font condamner par tous l'hypothèque judiciaire, attachée aux jugements de reconnaissance. On ne peut invoquer ici l'autorité de la chose jugée. On ne peut vouloir assurer l'exécution d'une condamnation. Il n'y en a pas. Le rôle du juge est semblable ici à celui du notaire. Il n'intervient et ne peut d'ailleurs intervenir que pour donner l'authenticité à l'acte. Comment la loi a-t-elle pu attacher à l'intervention du juge l'hypothèque qu'elle a enlevée aux actes notariés ?

(1) Garsonnet, Cours de procédure civile.

CHAPITRE II

Examen des critiques dirigées contre l'hypothèque judiciaire

L'hypothèque attachée aux jugements de reconnaissance ou de vérification d'écritures, étant sacrifiée sur la demande de tous les auteurs, devons-nous étendre cette mesure aux autres cas où la loi accorde l'hypothèque judiciaire? L'enlèverons-nous aux jugements de condamnation? Pour répondre d'une façon impartiale, il nous faut maintenant exposer et discuter les différentes critiques qui se sont élevées contre l'hypothèque judiciaire.

Le premier reproche qu'on lui adresse généralement, c'est qu'elle manque de fondement historique et qu'elle est un débris du système de l'ancien droit, laissé par mégarde dans le Code par le législateur de 1806. En effet, M. Treilhard, un des auteurs du Code civil, s'est exprimé à son sujet en ces termes :

« On obtient des condamnations contre un citoyen; les jugements ont un caractère qui ne permet pas de leur accorder moins d'effet qu'à des contrats authentiques. Voilà l'hypothèque judiciaire. » (1)

(1) Treilhard, Travaux préparatoires du Code civil.

Mais M. Treilhard semble croire que les actes notariés emportaient de plein droit hypothèque, Comme le fait très justement remarquer M. Challamel, (1) c'est une erreur. Les actes notariés avaient été dépouillés par le législateur de cette garantie excessive. On a suivi d'ailleurs dans la confection du Code civil une marche opposée à celle de l'ancien droit. Dans l'ancien droit les actes notariés emportaient *ipso jure* hypothèque. L'ordonnance de Villers-Cotterets de 1539, l'étendit d'abord aux vérifications d'écritures faites en justice. Enfin en 1566, l'Ordonnance de Moulins, accorda l'hypothèque judiciaire aux jugements proprement dits. Dans les travaux préparatoires du Code civil, on semble trouver normal que l'exécution des jugements soit garantie par une hypothèque. On hésite à l'étendre aux vérifications et reconnaissances d'écritures, mais on le fait cependant, poussé par un motif d'analogie. Enfin quand on arrive aux actes notariés, on devient intransigeant et on supprime radicalement toute hypothèque, à moins qu'elle ait été stipulée.

Voilà donc l'histoire de l'hypothèque judiciaire. On ne peut la rattacher à la tradition romaine. L'hypothèque des Romains ne s'établissait que par l'intervention du magistrat, chargé de pourvoir à l'exécution des jugements ou des vérifications assimilées aux jugements. D'autre part la généralité n'était pas accordée à l'hypothèque. L'officier public, qui saisissait les biens sur lesquels portait cette hypothèque, devait s'arrêter quand la valeur des objets saisis paraissait suffisante pour

(1) Commission extra-parlementaire du Cadastre, F. 1. p. 309.

désintéresser le porteur du jugement. Enfin le *pignus giudiciale* n'avait de rang qu'à partir de la possession réelle et non de l'ordre d'exécution émané du magistrat.

La véritable origine de l'hypothèque judiciaire se trouve dans les ordonnances de Villers-Cotterets et de Moulins. A cette époque, elle se comprenait facilement, parce qu'elle était accordée à tous les actes authentiques susceptibles d'exécution. C'était en somme une voie d'exécution et non une source de crédit. Il était donc naturel de l'étendre aux jugements. Maintenant que l'état de choses en vue duquel l'hypothèque judiciaire a été créée a changé, pourquoi conserver cette hypothèque? Sa présence dans notre Code est une anomalie.

La réponse à cette objection est facile. Si les adversaires de l'hypothèque judiciaire n'avaient pas d'arguments plus décisifs à apporter, la réforme ne nous paraîtrait pas urgente. L'hypothèque judiciaire a été la conséquence historique, mais non la conséquence logique de l'hypothèque des actes notariés.

Il y avait bien plus de raison pour l'accorder aux jugements qu'aux actes notariés. Et si, par conséquent, on l'enlève à ces derniers, on ne peut en conclure logiquement qu'il faille en priver également les jugements. Comme le dit M. de Vareilles (1), il était illogique de la donner aux actes notariés sans la donner aux jugements; mais il n'est point illogique de l'enlever aux premiers et de la laisser aux seconds. Le juge qui rend un jugement a plus d'autorité que le notaire qui dresse

(1) De Vareilles. L'hypothèque judiciaire p. 923.

un acte : le premier examine le bien fondé de la prétention, écoute et pèse les arguments apportés de part et d'autre et décide enfin en son âme et conscience de quel côté se trouve le droit. La sentence doit être respectée, l'exécution en doit être garantie. Le notaire au contraire ne fait que constater la convention intervenue entre les deux parties. Son intervention ne se justifie que par l'authenticité qu'elle confère à l'acte.

L'objection, à laquelle nous répondons, ne pourrait se soutenir que si elle ne visait que l'hypothèque judiciaire attachée aux jugements de reconnaissance ou de vérification d'écritures. Le rôle du juge se rapproche singulièrement en effet ici du rôle du notaire.

Il est un autre argument apporté contre l'hypothèque judiciaire et qui n'est guère plus probant que le premier. On l'a présenté à l'Assemblée Nationale à plusieurs reprises et il a fait en Belgique le sujet d'un long discours de M. Roussel qui a impressionné vivement les Chambres. On fait remarquer que l'office du juge est de constater des droits et non d'en créer. Lorsque plusieurs créanciers ont suivi la foi d'un débiteur, le patrimoine de ce dernier, en vertu de l'article 2092 du Code civil, sert de gage commun à tous ses créanciers. Ils sont de condition égale et l'on ne comprend pas qu'un jugement obtenu par l'un d'eux puisse changer sa condition à l'égard des autres. Le juge a reconnu son droit et s'il s'agissait d'une créance, il a donné au créancier un titre exécutoire. Mais, comme le dit la Faculté de Strasbourg (1), il est contraire aux attributions du juge

(1) Doc. Hyp. T. III p. 285.

et à la nature du contrat judiciaire, sur lequel repose en définitive la légitimité de la procédure, que le juge-ment puisse créer au profit de la partie qui obtient gain de cause, des droits nouveaux susceptibles de rejaillir contre des tiers et surtout une hypothèque générale que le débiteur lui-même n'aurait pu conférer par convention.

Il semble qu'il y ait là quelque chose qui dépasse le pouvoir du magistrat. Si un créancier est porteur d'un titre exécutoire, il peut provoquer l'exécution s'il n'est pas payé à l'échéance. S'il n'a qu'un titre sous seing privé, il est naturel qu'il s'adresse au magistrat pour conférer à son titre la force exécutoire. Mais comment expliquer que le juge puisse lui accorder par jugement une garantie qu'il n'eut pas obtenue par convention du débiteur lui-même.

Nous répondons à cette objection que l'hypothèque attachée au jugement n'est pas un droit accordé au créancier. Il est plutôt l'accessoire d'un droit. C'est un moyen d'assurer l'exécution du jugement. Il en est de l'hypothèque comme autrefois de la contrainte par corps et actuellement des saisies. Quand anciennement le juge accordait la contrainte par corps, dépassait-il son pouvoir ? A-t-on jamais reproché au juge cette faculté de donner au créancier saisie de la personne même de son débiteur ? Non, on a attaqué la contrainte par corps, en la considérant comme un ancien vestige de la domination de l'homme sur l'homme, comme un souvenir de l'esclavage et ce sont surtout des arguments de sensibilité et de pitié qu'on a fait valoir contre elle. Et cepen-

dant le jugement était bien plus à craindre, quand il accordait la contrainte que quand il entraînait l'hypothèque judiciaire.

D'ailleurs, ne faut-il pas que le juge ait un moyen de faire assurer l'exécution de sa sentence ? Ce n'est pas le juge qui crée cette hypothèque. C'est la loi elle-même qui la donne. L'hypothèque judiciaire est une hypothèque attachée par le législateur à l'exécution des jugements. On ne pourra ici contester la toute-puissance de la loi. Ce n'est donc pas là qu'est le côté faible de l'hypothèque judiciaire.

Mais lui reproche-t-on, elle est générale. Elle embrasse tout le patrimoine du débiteur et grève ses biens présents et à venir. C'est là une brèche dangereuse dans le crédit du débiteur. Est-il bien nécessaire d'attacher cet effet de la généralité à l'hypothèque judiciaire ? Si l'on pouvait la spécialiser, on diminuerait ainsi le concours des hypothèques générales avec les hypothèques spéciales, qui entraînent de difficultés dans la pratique.

Divers immeubles, situés dans le même arrondissement, peuvent être grevés d'une hypothèque judiciaire (générale par conséquent) antérieurement inscrite et de plusieurs hypothèques spéciales inscrites sur des immeubles différents. La jurisprudence après quelques hésitations a décidé que lorsque les immeubles viendraient à être vendus à la fois, les créanciers hypothécaires spéciaux seraient colloqués sur le prix, suivant leurs inscriptions, après le désintéressement complet du créancier à hypothèque judiciaire. Si le prix n'était pas suffisant pour qu'il y ait une collation en ordre utile, les créanciers spéciaux derniers inscrits se trou-

vent privés du montant de leurs créances. Ces derniers réclamaient, alléguant que le montant de la créance garantie par l'hypothèque judiciaire devait être prélevé au marc le franc sur le prix des divers immeubles, spécialement hypothéqués. La jurisprudence a adopté un système réglant l'ordre des créanciers hypothécaires par la date de leurs inscriptions, alors qu'en règle générale, entre des créanciers spéciaux ayant hypothèque sur des immeubles différents, l'antériorité de l'inscription ne doit jouer aucun rôle. Le créancier à hypothèque générale a sur tous les immeubles qui lui sont hypothéqués un droit égal ; il peut donc choisir l'immeuble qui lui plaît. S'il ne choisit pas, s'il exerce son action sur tous les immeubles à la fois, il paraît équitable de présumer qu'il a dû vouloir l'exercer d'abord au préjudice de celui qui avait le moins de droit, c'est-à-dire du créancier dernier inscrit.

Mais il reste des abus, quand le créancier à hypothèque judiciaire convient de n'exercer son droit que sur des immeubles déterminés de son débiteur ou quand il ne peut l'exercer que séparément, les biens du débiteur étant situés dans différents arrondissements. C'est un droit exorbitant qui appartient ici au créancier à hypothèque judiciaire de choisir parmi les créanciers spéciaux postérieurement inscrits celui qu'il lui plaît de déposséder, sans avoir aucun égard à la date des inscriptions. Ce droit est révoltant, car il est de nature à couvrir beaucoup de fraudes.

Les créanciers à hypothèque spéciale, dépossédés par le créancier à hypothèque judiciaire, ont vainement demandé qu'on reconnût en leur faveur une subroga-

tion légale. La Cour de Cassation le leur a toujours refusé. Il y a subrogation légale au profit de celui qui paye un autre créancier qui lui est préférable. On ne peut dire ici que le créancier à hypothèque spéciale, évincé par l'action du créancier, possesseur d'une hypothèque judiciaire l'a payé, puisque c'est le produit de la vente des biens du débiteur qui a servi à désintéresser le créancier.

Il est à souhaiter que la loi supprime complètement la généralité des hypothèques. Si cependant le législateur reculait devant cette suppression radicale, il est une réforme qu'il peut faire aisément et sans scrupule : Créer, en faveur du créancier à hypothèque spéciale évincé par le créancier à hypothèque générale, une subrogation légale dans tous les droits de ce dernier. On y apportera toutefois une restriction : le créancier spécial ne pourra exercer le droit qu'il tire de cette subrogation au préjudice des créanciers, dont l'inscription était antérieure à la sienne. Son droit sera toujours limité au montant de sa créance hypothécaire, sans qu'il puisse jamais obtenir une somme plus forte que celle qu'a produite la vente de l'immeuble qui lui était hypothéqué.

Il suffirait d'ajouter à l'article 1251 du Code civil :
« La subrogation a lieu de plein droit : 1°, 2°, 3° et 4°.

5° Au profit du créancier ayant une hypothèque spéciale dont le gage aurait servi en totalité ou en partie à payer une hypothèque générale antérieure. Cette subrogation s'exercera dans l'ordre des inscriptions des hypothèques spéciales.

Si l'hypothèque judiciaire était spécialisée elle évite-

rait toutes ces complications. Quelques-uns de ses partisans, pour apaiser les réclamations, ont fait une nouvelle concession en sacrifiant sa généralité. Mais nous croyons qu'ils ont eu tort : l'hypothèque judiciaire doit être générale. Si elle pouvait être spécialisée aux biens présents, les juges pourraient trop souvent commettre de graves erreurs préjudiciables aux débiteurs. Même quand les biens actuels seraient suffisants pour désintéresser intégralement le créancier, l'évaluation de la créance serait facile, mais il leur serait impossible de déterminer exactement la valeur libre de chaque bien. Sans doute la contribution foncière, les baux ou les ventes pourraient fournir aux juges une base fixe. Mais que vaudra leur évaluation si ces immeubles sont grevés d'hypothèques ou de privilèges dispensés d'inscriptions et qui par conséquent ne se révéleront aux yeux des juges par aucun indice extérieur.

Et en supposant même ces charges publiques, les juges pourraient-ils s'assurer, qu'au moment où ils spécialisent l'hypothèque résultant d'un jugement de condamnation sur des immeubles déterminés, un autre tribunal ne prononce pas aussi une condamnation entraînant hypothèque qui grèvera spécialement les biens. (1)

Comme le dit Pont, il était raisonnable et juste que l'hypothèque judiciaire fût déclarée générale en principe comme l'hypothèque légale pourvu que comme celle-ci en certains cas où le gage serait manifestement

(1) Poitiers, Doc. hyp. T. III, p. 280.

hors de proportion avec la garantie due, elle pût être aussi ramenée à la règle de la spécialité. (1)

Cette faculté de spécialiser l'hypothèque attribuée au juge n'est pas nouvelle. On la trouve dans l'article 34 de la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés, qui permet au juge, en nommant un tuteur provisoire de constituer sur ses biens une hypothèque générale ou spéciale, jusqu'à concurrence d'une somme déterminée par le jugement. On ne pourrait appliquer cette disposition au jugement de condamnation. Dans ce dernier, en effet, le droit du créancier est un droit incertain et éventuel qui ne se réalisera peut-être jamais ; il n'a par conséquent pas besoin d'une protection aussi étendue qu'un droit certain. La disposition de cette loi a un principe analogue à celui de l'article 2141 du Code civil, qui permet de restreindre à certains biens l'hypothèque légale du mineur lors de la nomination du tuteur.

On pourrait aussi exiger que l'inscription de l'hypothèque judiciaire contînt, comme celle de l'hypothèque conventionnelle, l'indication de l'espèce et de la situation des biens sur lesquels elle frappe : l'hypothèque resterait générale, seulement l'inscription devrait être spéciale sur chacun des immeubles au fur et à mesure de leur acquisition par le débiteur. Seulement cette mesure ne serait favorable qu'à ce dernier. Elle pourrait être désavantageuse et préjudiciable au créancier, obligé de veiller à chaque instant à la conservation de ses droits. Il serait donc difficile d'obtenir à ce prix la spécialisation.

On a objecté, à ceux qui voulaient spécialiser l'hypo-

(1) Pont. Hypothèques.

thèque judiciaire, que le créancier, qui a obtenu un jugement de condamnation, peut ne pas connaître les immeubles appartenant à son débiteur et qu'en exigeant de lui une prise d'inscription spéciale sur chacun des immeubles, on le réduirait souvent à l'impossible. Cette objection n'est peut-être pas aussi sérieuse qu'on pourrait le croire à priori. Il est rare que le créancier ne connaisse pas les immeubles de son débiteur, ou qu'il ne puisse en obtenir connaissance. S'il voulait parvenir à l'exécution de son titre, il serait bien obligé de saisir et faire vendre et, pour cela, il devrait connaître ou rechercher quels sont les immeubles de son débiteur. D'ailleurs cet inconvénient existe aussi dans le système de la généralité de l'hypothèque judiciaire, quand les immeubles sont situés hors de l'arrondissement du domicile du débiteur.

Puisqu'il est impossible de supprimer complètement les inconvénients résultant de la généralité de l'hypothèque judiciaire, il nous faut chercher un remède qui les atténue. La loi nous en procure un dans l'article 2161. Toutes les fois que les inscriptions prises par un créancier qui d'après la loi aurait le droit d'en prendre sur les biens présents ou sur les biens à venir d'un débiteur, sans limitation conventionnelle seront portées sur plus de domaines différents qu'il n'est nécessaire à la sûreté des créanciers, l'action en réduction des inscriptions ou en radiation d'une partie, en ce qui excède la proportion convenable, est ouverte au débiteur. Seulement on pourrait modifier l'article 2165 et à raison de l'augmentation de la valeur de la propriété foncière, déterminer cette valeur par vingt ou quinze fois le

revenu déclaré par la matrice du rôle, suivant qu'il s'agit d'immeubles non sujets à dépérissement ou qui y sont sujets.

On pourrait encore, comme second correctif des inconvénients de la généralité, donner aux juges le pouvoir de restreindre immédiatement l'hypothèque judiciaire. Le défendeur conclurait à ce que la réduction ait lieu de suite. Le juge n'y accéderait que lorsqu'il lui paraîtrait évident que dans l'espèce la généralité de l'hypothèque est une garantie exagérée pour le créancier. Il refuserait la restriction quand le débiteur ne pourrait pas prouver clairement que tels ou tels de ses immeubles sont libres et constituent une garantie hypothécaire suffisante.

L'hypothèque judiciaire spécialisée par un des moyens que nous venons d'indiquer, ou, si elle reste générale la subrogation légale accordée au créancier à hypothèque spéciale évincé par un créancier à hypothèque générale, les jugements de reconnaissance ou de vérifications d'écritures dépourvus de l'hypothèque voilà deux graves inconvénients dont se trouve débarrassée l'hypothèque judiciaire. Ces concessions importantes apaisent-elles ses adversaires ? Nous n'osons l'espérer. Ils réclameront, et avec juste raison, que le législateur précise de quelle nature doivent être les jugements pour emporter hypothèque.

Aux termes du premier alinéa de l'article 2123, elle résulte des jugements, soit contradictoires, soit par défaut, définitifs ou provisoires, en faveur de celui qui les a obtenus. On a conclu de ce texte que l'hypothèque est attachée, non seulement aux jugements qui pronon-

cent une condamnation actuelle, mais encore à ceux qui ne contiennent que le germe d'une condamnation, tels que le jugement de reddition de comptes. C'est peut-être dépasser la pensée des rédacteurs de la loi que d'admettre une telle extension. Il serait désireux que le législateur en revînt aux termes de la loi de Brumaire an VII qui n'attachait l'hypothèque judiciaire qu'aux jugements prononçant une condamnation actuelle.

On lui reproche aussi de causer dans le règlement des ordres une gêne considérable.

Quand on exproprie un immeuble et qu'on procède à la distribution du prix, il y a lieu à l'ouverture d'un ordre. On lève un état d'inscriptions. Que résulte-t-il en fait le plus souvent de cet état d'inscriptions, quand la situation du débiteur est intéressante et que le prix de ses immeubles ne peut désintéresser tous ses créanciers? On voit alors figurer sur le patrimoine trois sortes d'inscriptions : Premièrement il y a l'inscription du Crédit Foncier qui se règle d'une façon particulière et privilégiée; il y a ensuite des inscriptions d'hypothèques conventionnelles ordinaires au profit généralement d'un prêteur de fonds ou d'un ami; arrivent enfin les hypothèques judiciaires inscrites, très nombreuses ordinairement et la plupart du temps inutiles.

Elles viennent à un rang si éloigné que les créanciers ne peuvent raisonnablement espérer toucher quoique ce soit sur le prix de l'immeuble. Elles entraînent pour l'ordre des complications et rendent impossible une liquidation amiable.

On a procédé en 1858 à une refonte de la procédure des ordres. Avant d'employer l'ordre judiciaire, le légis-

lateur exige que l'on essaie l'ordre amiable. On avait constaté combien l'ancienne procédure était longue et coûteuse, aussi a-t-on voulu simplifier la nouvelle. Quand le rang de chaque créance est indiscutable, les créanciers pourront s'entendre et procéder entre eux à un ordre amiable. Il souhaite que dans la plupart des liquidations les créanciers s'entendent et règlent amiablement entre eux leur rang et le montant de leur quote-part. Malheureusement l'hypothèque judiciaire rend la plupart du temps impossible cet ordre amiable.

M. Challamel (1) rapporte qu'un éminent magistrat, qui s'est occupé longuement du règlement des ordres, lui disait un jour : « Puisque vous travaillez à la réforme du régime hypothécaire, proposez donc de compléter par une disposition nouvelle l'article 751 du Code de Procédure Civile. La loi, qui voit avec tant de faveur les règlements amiables, a pris soin de frapper d'une amende les créanciers non-comparants ; mais ce n'est pas assez d'obliger les créanciers à comparaître ; ne serait-il pas possible de vaincre le mauvais vouloir de ceux qui n'ayant aucun espoir d'être payés sur le prix, s'obstinent néanmoins à maintenir leur inscription tout inutile qu'elle soit : Ces créanciers n'ont plus rien à perdre, c'est uniquement par malice qu'ils refusent leur concours à l'ordre amiable, les conséquences de leur refus retombant tout entières sur les créanciers utilement convoqués dont ils dissipent le gage en frais de procédure. Ne pourrait-on pas leur faire supporter la peine de leur obstination sous forme de dommages et intérêts ? »

(1) Procès verbaux de la Commission du Cadastre F 1 p. 306.

Il paraît impossible d'accepter le remède proposé. C'est regrettable, car le mal existe. Mais comment menacer les créanciers inscrits de dommages et intérêts alors que la loi elle-même accorde le premier rang et la préférence au créancier, qui a pu le premier faire inscrire son hypothèque judiciaire? Si le créancier a exercé des poursuites, c'est parce que la loi faisait miroiter à ses yeux la promesse d'une hypothèque. Maintenant qu'il a été déçu, qu'il a dépensé son argent en pure perte, on ne peut raisonnablement demander au créancier de renoncer à cette inutile inscription si chèrement acquise.

On pourrait diminuer un peu le nombre des difficultés de procédure d'ordre qu'engendrent les inscriptions faites en vertu d'un jugement, en interdisant l'inscription des condamnations minimales, inférieures, par exemple, à cent francs. Des circulaires ministérielles défendent déjà de prendre inscription au nom de l'Etat pour une somme inférieure à trente francs.

Mais ces modifications ne feraient qu'atténuer les inconvénients que nous avons signalés. Ils restent suffisamment odieux pour nous empêcher de jamais regretter l'hypothèque judiciaire, si on la supprime de notre Code.

Ce n'est pas seulement la complication des ordres qui résulte de l'hypothèque, c'est encore l'accumulation des poursuites.

L'hypothèque judiciaire fait naître tous les jours une foule de procès qui n'en sont pas. On comprend un procès quand il y a contestation sur l'existence ou le montant d'une créance, sur la validité d'un titre, en un

môt quand il y a matière à discussion. Mais quand un créancier est porteur d'un titre absolument certain, non contesté par le débiteur, pourquoi plaider ? Uniquement pour obtenir un jugement et prendre inscription d'hypothèque. En effet, si l'hypothèque judiciaire avec son droit de préférence n'était pas attachée au jugement de condamnation, quand un débiteur a demi insolvable ne pourrait satisfaire tous ses créanciers, qu'arriverait-il ? L'un d'eux saisirait et le prix de la vente serait partagé au marc le franc entre tous les créanciers. Chacun serait payé au prorata de sa créance. L'égalité régnerait donc en maîtresse dans le partage du prix. Mais l'hypothèque judiciaire détruit cette égalité ; elle promet la préférence et le paiement intégral avant tous autres créanciers à celui d'entre eux qui inscrira le premier son hypothèque résultant du jugement. Aussi tous se précipitent, accablent d'assignations le malheureux débiteur, assiègent le tribunal de leurs requêtes. Au lieu d'un procès il y en a dix et c'est au détriment des créanciers non moins que du débiteur.

On a enfin reproché à l'hypothèque judiciaire son injustice vis-à-vis du débiteur qu'elle frappe d'une hypothèque générale, alors qu'il avait pensé conserver son patrimoine libre de toute charge. Le créancier, en acceptant que le contrat fût fait par acte sous seing privé, alors qu'il pouvait exiger un acte notarié et stipuler une hypothèque, semble avoir renoncé à cette hypothèque. Pourquoi obtiendrait-il maintenant, par le seul fait du jugement, une garantie plus grande que celle qu'il a négligé de se réserver ? Le débiteur n'est pas tant à plaindre qu'on veut bien le dire. Sans doute,

l'inscription de l'hypothèque judiciaire ruinera son crédit. Mais c'est lui qui est souvent la cause coupable de cette situation précaire. Tous ses biens sont le gage de ses créanciers. Il devait exécuter son obligation. Ne le faisant pas, il connaissait les peines terribles dont la loi sanctionne le défaut d'exécution. De quoi se plaint-il ? Il est vrai que l'on peut rencontrer aussi un débiteur plus malheureux que coupable, étreint par une gêne momentanée et dont le crédit pourrait être à jamais détruit par une mesure rigoureuse d'exécution. Il a peut-être été condamné à tort en première instance ou par défaut et il est bien pénible qu'une inscription puisse dans ces circonstances consommer sa ruine.

Le reproche d'injustice adressé à l'hypothèque judiciaire est surtout fondé, quand on considère son effet par rapport aux autres créanciers. Le législateur a établi le principe d'égalité entre les créanciers. Il s'est efforcé de le faire respecter partout et toujours, punissant ceux qui cherchaient à le tourner par fraude, rendant vaines les inégalités dues uniquement au hasard. Le patrimoine sert de gage commun à la masse créancière. Tous les créanciers chirographaires ont sur les biens dont il se compose les mêmes droits. Le prix leur sera distribué au prorata de leur créance.

Comment s'expliquer alors qu'un créancier par sa seule volonté, mettant en mouvement l'action judiciaire et obtenant contre son débiteur une sentence de condamnation, puisse avoir sur le patrimoine une hypothèque générale et primer sur le prix tous les autres créanciers chirographaires, ses égaux d'hier ? Comment une convention intervenue en justice peut-elle léser les

tiers qui n'y ont pas participé ? Que devient la règle « *res inter alios acta aliis nec nocere nec prolesse potest* ? » D'où vient ce droit de préférence et sur quoi est-il fondé ?

Voici ce que dit à ce sujet M. Laurent : « Par lui-même le jugement est tout à fait étranger au droit de préférence, qu'un créancier réclame contre les autres créanciers. Cette préférence ne peut résulter que de la convention, de la loi ou du testament (en Belgique). Or, quand le créancier poursuit son débiteur en justice, il n'y a pas de convention qui lui donne hypothèque ; il est simple créancier chirographaire et, comme tel, il n'a qu'un gage général sur les biens de son débiteur. Si celui-ci est insolvable, le créancier, qui le poursuit, vient à contribution avec les autres créanciers. De quel droit change-t-il ce gage général qui ne lui donne aucune préférence contre une hypothèque judiciaire qui lui assure une préférence ? C'est modifier la loi du contrat au préjudice de la masse chirographaire, ce qui n'est conforme ni à la justice, ni à l'équité. »

On ne peut donc ici invoquer les articles 2093 et 2094 du Code civil, en considérant le jugement de condamnation comme une cause légitime de préférence.

C'est plutôt un privilège sans cause qui est ici accordé au porteur du jugement. La loi accorde un privilège ou une hypothèque légale au mineur ou à la femme mariée, c'est-à-dire aux faibles, à ceux qui se trouvent trop inexpérimentés pour sauvegarder leurs intérêts ou qui se trouvent sous la domination d'un autre qui pourrait abuser de sa supériorité à leur égard. Ce sont des considérations d'ordre public qui ont ainsi amené le

législateur à créer des exceptions à la grande règle de l'égalité entre les créanciers. Mais ici il s'agit d'une créance ordinaire qui appartient à un homme expérimenté, indépendant, capable en un mot de veiller seul et efficacement à tous les intérêts.

Comment expliquer cette protection exagérée du législateur qui donne tout à l'un des créanciers et l'avantage ainsi au préjudice des autres? Et à qui sera donné cet avantage? Quel sera le créancier qui jouira de ce droit de préférence? Ce sera le plus intraitable, le plus dur et qui aura eu toutes les facilités d'obtenir le premier un jugement de condamnation. Quelle bizarrerie dans cette préférence attribuée au créancier, qui, mieux servi que les autres, aura pu le premier se procurer l'expédition de son jugement et le faire enregistrer.

« Je me demande, dit M. Pougeard (1), comment un jugement peut constituer une cause de préférence. Parmi plusieurs créanciers d'un même débiteur lequel obtiendra le premier un jugement? Ce sera le plus rapproché, le mieux informé, le plus inquiet, le mieux servi par son huissier et son avoué : ce sont là des causes légitimes de préférence ! Je ne le comprends pas. Je suppose entre les créanciers toutes choses égales ; on sait comment les affaires s'instruisent et se jugent ; on peut obtenir un jugement dans quinze jours, on ne peut l'obtenir que dans trois mois, il peut être étendu (expédié) le jour même de l'audience, il peut ne l'être que vingt jours après ; le receveur de l'enregistrement

(1) Pougeard, De l'amélioration du régime hypothécaire en France, page 30,

peut retenir une feuille vingt-quatre heures de plus ou de moins, le greffier remettre un jugement avant l'autre ; le conservateur des hypothèques peut exiger la représentation du titre, il peut en dispenser. De combien d'incidents, d'accidents, de volontés ou de caprices dépend en définitive la cause légitime de préférence ! »

C'est absolument un véritable *steeple-chase* organisé entre les créanciers. L'hypothèque judiciaire comme on l'a dit souvent est le « prix de la course ». Voyez courir ces créanciers affairés, qui chez son huissier, qui chez son avoué, accumulant assignation sur assignation, requête sur requête, stimulant le zèle des officiers ministériels, faisant des démarches au greffe pour obtenir une prompte mise au rôle de leur affaire et ne se reposant enfin que quand ils sont arrivés les premiers à obtenir un jugement et à inscrire leur hypothèque judiciaire.

« Qu'est-ce qui ébranle cette masse ? se demande M. Pougeard. Qu'est-ce qui pousse les plus réservés ? Qui force les plus indulgents ? C'est la peur... Et cette peur qui est-ce qui la produit ? — C'est l'hypothèque judiciaire : on sait que, si quelqu'un se hâte, il aura tout ; les assignations pleuvent sur le malheureux débiteur ; pendant un mois on n'entend que son nom répété dans les tristes échos du palais ; il est ruiné, exproprié, et puis, en fin de compte, la plupart des créanciers ont la perte de leurs frais pour s'indemniser de la perte de leurs créances. C'est ce que le tribun Sédillez exprimait très bien en les comparant à des infortunés, qui, enfermés en grand nombre dans une maison où le feu éclate,

y périssent tous malheureusement, parce que tous en veulent imprudemment sortir tous à la fois, » (1)

Tous se précipitent et un seul arrivera au but. En effet, quand un débiteur ne paye pas c'est que sa situation est compromise, c'est qu'il est insolvable et que la vente de tout ce qu'il possède ne pourra jamais désintéresser ses créanciers. Le plus souvent le droit de préférence, résultant de l'hypothèque judiciaire et s'exerçant sur la généralité de tous les immeubles du débiteur, permettra au porteur du jugement de se payer intégralement au préjudice de tous les autres créanciers. L'un sera payé par l'effet du hasard, les autres seront ruinés.

C'est renverser d'une façon révoltante la règle si importante du partage égal, qui est la loi du contrat entre les créanciers chirographaires. Le plus tôt arrivé passera le premier, les autres n'auront rien, *tarde venientibus ossa*.

On a dit, pour expliquer ce droit de préférence, que la situation est la même pour tous les créanciers. Ils peuvent poursuivre s'ils le veulent, obtenir un jugement et inscrire leur hypothèque judiciaire. C'est le plus vigilant, le plus soucieux dans la sauvegarde de ses intérêts qui arrivera le premier et primera ainsi les autres. Or, *jura vigilantibus non dormientibus prosunt*. Plusieurs ont été satisfaits de cette réponse. Mais nous ne pouvons l'accepter quand il s'agit de justifier une injustice. D'ailleurs, quand on dit qu'il faut être vigilant, on n'entend pas par là qu'il faut savoir, par des

(1) Pougeard, op. cit, p. 34.

mesures opportunes et légales, sauvegarder tous ses droits. Le créancier vigilant n'oubliera pas d'inscrire son hypothèque, il ne la laissera pas périmer, il fera protêt en temps utile de manière à conserver ses recours;

Il surveillera le débiteur dans tous ses actes; il connaîtra toujours exactement la situation de fortune de son débiteur et saura choisir le moment opportun pour le poursuivre et le faire vendre s'il ne s'exécute pas à l'échéance. Voilà en quoi consiste la vigilance. Mais elle ne réclame pas des poursuites hâtives, sans chance de succès, uniquement pour arriver premier.

Deux créanciers poursuivent en même temps leur débiteur devant la même chambre. Par suite d'un incident d'audience l'une des deux affaires est jugée de suite, l'autre est remise à huitaine. Leur vigilance à tous deux a cependant été la même. Les poursuites ont été faites le même jour de part et d'autre. Malgré cela, le créancier dont l'affaire est jugée de suite prendra inscription sur les immeubles de son débiteur et primera l'autre créancier. Si la créance de chacun d'eux est de trente mille francs et que le patrimoine a une valeur égale de trente mille francs, le premier aura tout, le second n'aura rien.

Ce n'est donc pas comme prime à la vigilance que l'on accorde l'hypothèque judiciaire, c'est comme prix de la course.

Du reste, est-il donc si vigilant celui qui arrive le premier? La plupart du temps c'est la faveur ou le hasard qui l'ont renseigné sur la situation exacte du débiteur. S'il est plus rapproché, qu'y a-t-il d'extraordinaire à ce qu'il ait connu l'insolvabilité avant les

créanciers plus éloignés. Le créancier dont la créance est exigible primera toujours le créancier à terme, et s'emparera exclusivement d'un patrimoine qui était aussi le gage de ce dernier. D'ailleurs, est-il vraiment digne de récompenser ce créancier dur, intraitable, qui, sans souci du crédit de son débiteur, le poursuit, impitoyable, lui refusant tout délai ? Quelle prime aux poursuites ! Quel encouragement aux exigences parfois révoltantes des créanciers ! Quel obstacle aux arrangements amiables ! Plus d'ordre amiable possible, comme le désirait tant le législateur de 1858. Des frais considérables pour les créanciers et la ruine fatale pour le débiteur !

On s'est efforcé de trouver une autre explication des effets de l'hypothèque judiciaire à l'égard des autres créanciers. Le débiteur, a-t-on dit, peut, s'il le veut, accorder conventionnellement une hypothèque à celui de ses créanciers qu'il lui plaît de choisir. Pourquoi le jugement ne pourrait-il pas faire la même chose ? Pourquoi les créanciers éliminés se plaindraient-ils dans un cas plutôt que dans l'autre ? Ce n'est pas une raison parce que les créanciers sont exposés au danger des hypothèques conventionnelles pour ne pas leur épargner le danger de l'hypothèque judiciaire. On devrait, au contraire, en considération du premier péril, leur épargner le second, qui est encore plus grand. L'hypothèque judiciaire, en effet, cause au débiteur un préjudice plus grave que l'hypothèque conventionnelle. Du reste, les débiteurs n'accordent pas si facilement des hypothèques par convention. Ils hésitent à privilégier l'un de leurs créanciers au détriment des autres. Ces

derniers pourraient, en s'appuyant sur la généralité des termes de l'article 1167, attaquer les constitutions d'hypothèques qui auraient été faites en fraude de leurs droits. Pour les hypothèques judiciaires, il n'y aucun tempérament.

La fausseté de ce système est évidente. Elle s'impose aux yeux les moins clairvoyants. C'est elle qui a inspiré à M. Valette à l'Assemblée Législative ces paroles véhémentes :

« Quant à moi, mon opinion est formée là-dessus depuis longtemps. C'est l'injustice de ce système que je blâme, c'est l'injustice flagrante que présente un classement inintelligent des droits qui tient au pur hasard, à une mise au rôle, à un incident de plaidoirie, au retard d'un rapport, à la maladie d'un juge ; en sorte que, de là, il sortira pour un créancier une collocation intégrale, un bénéfice complet, et pour un autre créancier, une perte considérable, peut-être sa ruine et celle de sa famille ! » (1)

Injustice flagrante, ajoute M. Challamel (2), classement inintelligent et arbitraire des créances, violation des rapports de droit qui résultent de la convention et de la loi elle-même, voilà donc l'hypothèque judiciaire par opposition avec le principe primordial de l'article 2093.

Elle peut même servir dans certains cas à tromper les créanciers. Il existe, paraît-il, des hypothèques de complaisance. Le débiteur s'entend avec un tiers de con-

(1) Valette. Recueil, p.

(2) Procès verbaux. F. 1. p. 308.

vence pour se faire condamner et oppose l'hypothèque judiciaire, attachée à cette condamnation, aux véritables créanciers porteurs d'un jugement postérieur. Cette facilité que présente l'hypothèque judiciaire à servir d'instrument de fraude est un bon argument pour les partisans de sa suppression.

Frappés de l'injustice de l'hypothèque judiciaire ses partisans invoquent sa prétendue nécessité. Elle est, nous disent-ils, la sanction de la chose jugée. La chose jugée est le point de fait ou le point de droit sur lequel le juge a terminé toutes contestations en prononçant la condamnation sur l'absolution du défendeur. Dans toutes les législations on s'est efforcé par tous les moyens de consolider l'autorité de la chose jugée. Il n'est pas de l'égislateur qui ait négligé d'empêcher que les jugements déjà rendus puissent être anéantis par d'autres rendus ultérieurement en sens contraire. En accumulant toutes les précautions, les législateurs ont cru devoir assurer l'immutabilité des décisions judiciaires; ils savaient qu'en agissant ainsi, ils s'exposaient au danger de maintenir des sentences injustes, mais cet inconvénient leur a paru moins redoutable que celui qui résulterait de l'instabilité des jugements. Bien plus, pour assurer l'exécution des jugements, le législateur chez nous leur avait donné comme sanction la contrainte par corps et l'hypothèque judiciaire. Déjà on a supprimé la contrainte par corps. Réserver le même sort à l'hypothèque c'est rendre illusoire l'exécution du jugement, c'est détruire l'autorité de la chose jugée, que Bacon appelait si justement « une des ancrs de la société. »

Cette raison est meilleure que toutes celles qu'on avait

apportées jusqu'ici à la défense de l'hypothèque judiciaire. Il faut évidemment fortifier par tous les moyens légitimes l'exécution d'un jugement. Mais est-il juste que les tiers souffrent de cette exécution ? Est-il juste qu'on protège la chose jugée au détriment des autres créanciers ? En réalité, le débiteur ne souffre pas beaucoup de l'hypothèque judiciaire. Son crédit est ébranlé sans doute, mais quand il n'est pas commerçant, la ruine ne s'en suit pas forcément. Seuls les créanciers sont lésés et subissent un grave préjudice. Quand même ce serait utile pour la force de la chose jugée de la sanctionner par l'hypothèque, faut-il donc, en droit, sacrifier le juste à l'utile ?

Mais au moins, l'hypothèque judiciaire est-elle aussi utile qu'on le prétend à l'exécution des jugements ? Nous ne le croyons pas. La chose jugée peut fort bien s'en passer et la preuve, c'est qu'il y a beaucoup de jugements rendus contre des débiteurs, qui n'ont qu'une fortune mobilière. L'hypothèque judiciaire n'a pas plus grand pour les meubles. Mais même avec l'hypothèque judiciaire ce danger existe aussi. Pendant le cours du jugement, le débiteur, peu confiant en son issue, peut vendre ses meubles et se soustraire ainsi à l'exécution du jugement qui le condamnera. Il aura même plus de loisir et de facilité pour le faire. Se plaint-on, dans la pratique, de la liberté qui est ainsi laissée au débiteur ? Non. Le danger n'est donc qu'illusoire ou tellement éventuel qu'il ne légitime pas la mesure exagérée prise contre lui par le législateur, en attachant l'hypothèque judiciaire aux jugements. Il restera toujours du reste au créancier lésé l'exercice de l'action Paulienne. La

fraude pouvant être dans ces cas facilement établie, cette action constituera une sanction suffisante de l'autorité de la chose jugée.

M. de Vareilles (1) va plus loin. Il accuse l'hypothèque judiciaire non seulement de ne protéger en rien la chose jugée, mais de diminuer son autorité et d'être un grand obstacle à l'exécution des jugements. Les partisans de l'hypothèque judiciaire ne pensent qu'au premier jugement. Celui-là certes, trouve dans l'hypothèque une sérieuse garantie. Mais les jugements postérieurs obtenus par les autres créanciers, qui en assurera l'exécution? Rien. Ils ne seront pas exécutés. L'hypothèque attachée au premier les paralyse complètement, puisqu'elle a absorbé au profit d'un seul créancier tout ici à s'exercer. Le jugement reste-t-il pour cela inexécuté? Si le débiteur n'a pas d'immeuble, tous les créanciers se trouvent vis-à-vis de lui dans une égalité parfaite. L'article 2093 s'applique dans toute son étendue. Les meubles sont saisis, vendus et le prix est partagé entre tous les créanciers sans préférence. Ne semble-t-il pas anormal de voir le sort des créanciers dépendre de la nature de la fortune du débiteur? Est-elle mobilière? l'égalité règne dans le partage. Est-elle immobilière? un seul est préféré à tous. Cette anomalie ne doit pas subsister dans notre Code. De deux choses l'une : ou il faut rétablir la saisie mobilière avec droit de préférence, le *pignus judiciale* des Romains sur les meubles et mettre ainsi sur le même pied, les créanciers d'un débiteur qui n'a que des meubles et les créanciers d'un débiteur

(1) de Vareilles, op. cit. p. 249.

dont le patrimoine comprend des immeubles ; ou il faut supprimer l'hypothèque judiciaire et n'établir en vertu du jugement aucun droit de préférence.

Mais, dira-t-on, si vous supprimez l'hypothèque judiciaire, le débiteur condamné transformera son patrimoine, vendra ses immeubles et en dissipera le prix. Comment fera-t-on alors exécuter le jugement ?

L'objection est-elle vraiment sérieuse ? Le danger signalé est-il réel ? Trouvera-t-on dans la pratique, beaucoup de débiteurs de mauvaise foi qui agiront de la sorte ? D'ailleurs est-il facile de réaliser ses immeubles en peu de temps ? Le même danger se présente encore pour le patrimoine immobilier du débiteur. Assurer à un seul jugement son exécution, empêcher le résultat de tous les autres, voilà l'œuvre de l'hypothèque judiciaire. C'est singulièrement fortifier l'autorité de la chose jugée, que de faire des jugements des titres inutiles qui n'assurent même pas aux créanciers un léger dividende.

Les défenseurs de l'hypothèque judiciaire ont imaginé de déclarer l'hypothèque judiciaire favorable au débiteur. Ce n'est pas le sort du débiteur qui nous intéresse ici. La plupart du temps sa ruine est due à sa négligence ou à sa prodigalité. On ne doit donc pas avoir pour lui des ménagements qui puissent préjudicier aux tiers ou aux créanciers. Mais est-il bien vrai que l'hypothèque judiciaire favorise le débiteur ? Elle rend, dit-on, le créancier plus traitable ; après avoir pris inscription, il prend patience et ne réclame pas inopinément l'expropriation de son débiteur. — Admettons qu'elle retarde l'expropriation. Mais elle n'empêche pas les assi-

gnations de pleuvoir sur lui, elle n'empêche pas les autres créanciers d'obtenir jugement et de prendre à leur tour inscription. C'est cela précisément qui ébranle le plus le crédit du débiteur, surtout quand il est commerçant. L'expropriation ne fait qu'achever ce qu'a fait l'inscription.

L'hypothèque judiciaire fait naître les poursuites. Les créanciers patienteraient plus longtemps, ils accorderaient des délais à leurs débiteurs et n'hésiteraient pas à les renouveler, s'ils étaient sûrs d'être payés tous à concurrence égale sur ses biens. Mais l'hypothèque est là comme un appât offert à leur cupidité. Voudraient-ils ménager leur débiteur, pour qui ils éprouvent de la bienveillance, ils ne le pourraient pas. Leur propre intérêt les en empêche. S'ils ne poursuivent pas, un autre créancier le fera et les primera. La peur et l'avidité font avancer tous les créanciers ; de là ces poursuites intempestives qui entraînent fatalement pour le débiteur un effondrement souvent immérité. Qu'on supprime l'hypothèque judiciaire, et tous les créanciers deviendront conciliants, ils iront jusqu'aux dernières limites de la patience et hésiteront toujours à diminuer la valeur du patrimoine de leur débiteur par des poursuites inopportunes.

Mais une fois le jugement obtenu et l'inscription prise, est-il vrai, au moins, que l'hypothèque judiciaire retarde l'expropriation ? Non. Le créancier qui, le premier, a obtenu un jugement, certain d'être payé, sera rassuré et ne poursuivra pas. Mais les autres créanciers, porteurs de jugements rendus postérieurement, seront-ils aussi patients ? Ils voudront avoir

une idée exacte de leur situation et poursuivront sans hésiter. Le ressentiment d'être arrivés trop tard ne sera pas de nature à les retenir dans la voie de la modération. La vérité est que l'hypothèque judiciaire ne retarde l'expropriation que quand tous les créanciers sont sûrs d'être payés. Ce n'est pas là un avantage qui lui est exclusivement réservé. En dehors d'elle, le débiteur pourra toujours éviter l'expropriation en payant ou en accordant une hypothèque conventionnelle. Une autre ressource même lui reste : qu'il demande un délai au juge, si sa situation est vraiment intéressante, il lui sera toujours accordé sans difficulté.

Le dernier argument invoqué par les partisans de l'hypothèque judiciaire c'est l'intérêt du crédit général. S'il n'y a plus d'hypothèque judiciaire pour garantir les contrats passés sous seing privé, personne n'osera désormais avancer d'argent, à moins que l'emprunteur accorde une hypothèque conventionnelle. Les prêts se feront de plus en plus rares, à mesure que leurs frais s'élèveront. Le crédit général sera donc fortement ébranlé.

Il y a deux espèces de crédit : le crédit personnel et le crédit foncier, que M. Louvet (1) à l'Assemblée nationale en 1850 appelait spirituellement le crédit de la confiance et le crédit de la méfiance. Dans la pratique, il se présente au moins mille cas de crédit personnel contre un cas de crédit foncier. Supprimer l'hypothèque judiciaire, c'est peut-être améliorer légèrement le crédit foncier mais c'est certainement ruiner le crédit personnel. Le prêteur, protégé par l'hypothèque judiciaire,

(1) *Moniteur universel*, 1850. P. 3615.

faisait facilement crédit; maintenant, privé de cette garantie, ou il refusera de prêter, ou il ne le fera, qu'en réclamant une hypothèque, ce qui entraînera des frais pour le débiteur. Au jour de l'échéance il n'aura plus pour lui aucun ménagement dans la crainte qu'il vende ses biens ou les hypothèques à d'autres créanciers. Supprimer l'hypothèque judiciaire c'est livrer le débiteur à la merci de son créancier, c'est ruiner le crédit.

La Chambre des Avoués près le tribunal de la Seine a présenté à ce sujet de très intéressantes observations: En sacrifiant l'hypothèque judiciaire, dit-elle, les rédacteurs du projet de loi se sont écartés du but qu'ils voulaient atteindre et ont porté un grave préjudice au crédit, auxquels ils ont cru nécessaire de l'immoler.

« La propriété est le plus sérieux indice de la solvabilité, la meilleure et la plus sûre de toutes les garanties. Elle inspire un tel respect qu'elle fait naître la confiance en faveur de celui qui la possède, par cela seul qu'elle existe et sans qu'il soit forcé de la donner en gage. La suppression de l'hypothèque judiciaire enlève au créancier cette garantie si précieuse. Ce prestige qui entourait la propriété disparaît, car les immeubles sont maintenant placés dans un état de complète inviolabilité à l'égard des créanciers chirographaires.

» En cherchant à fonder le crédit foncier, le rédacteur de la loi nouvelle, supprimant l'hypothèque judiciaire, commence par anéantir le crédit personnel. »

Ces exagérations des partisans de l'hypothèque judiciaires en ont appelé d'autres dans le camp adverse. On

(1) Observations de la Chambre des Avoués. Paris, 1851.

a dit que l'hypothèque judiciaire était funeste au crédit. Devant le Parlement belge, M. de Brouckère a affirmé qu'elle était « tout ce qu'il y avait de plus fatal au crédit » et M. Lelièvre qu'elle était « la mort du crédit ».

La critique de part et d'autre a été excessive. Le crédit ne mourra pas plus de la suppression de l'hypothèque judiciaire que de son maintien. Mais ce qui est exact c'est que le maintien de l'hypothèque judiciaire l'entrave et le gêne. C'est l'espoir en cette hypothèque qui, dit-on, décide le prêteur à avancer ses fonds. Est-ce bien vrai ? Si le prêteur avait le moindre doute sur la solvabilité ou la bonne foi actuelle ou future de l'emprunteur, il ne lui avancerait rien. L'hypothèque judiciaire n'est pour rien dans la confiance qu'a eu le prêteur et qui l'a poussé à ne pas exiger une hypothèque conventionnelle. Non, si le prêteur n'a pas demandé de garantie, c'est qu'il avait confiance dans le crédit personnel de son débiteur, c'est-à-dire dans son intelligence, dans son activité et dans sa bonne foi. Ce n'est certes pas l'espoir précaire de l'hypothèque judiciaire qui aurait triomphé, dans le cas contraire, de ses hésitations. Prix de la course, fruit du hasard ou de la protection, l'hypothèque judiciaire offre trop d'aléas pour constituer une sérieuse garantie. Aucun banquier ne s'en contentera. Seuls, peut-être, les usuriers en tiendront compte, parce qu'ils contrebalanceront son efficacité éventuelle par les intérêts énormes qu'ils exigeront de leurs victimes.

L'espoir de l'hypothèque judiciaire ne peut aucunement rassurer le créancier. Si jamais il envisageait l'éventualité de sa naissance, il songerait forcément

qu'il peut n'être pas le seul créancier, que depuis la naissance de sa créance le débiteur a pu contracter de nouveaux engagements à échéance plus rapprochée. Il se verra donc primé par tous les créanciers, porteurs d'un jugement rendu antérieurement et dont ils ont pris inscription sur la généralité du patrimoine du débiteur. Ce concours de créanciers, avides d'arriver les premiers et de gagner le prix de la course, fera naître dans l'esprit du prêteur de sérieuses inquiétudes. Aussi, s'il est vraiment sérieux, il n'avancera pas les fonds, ou, s'il l'a déjà fait s'empressera-t-il de harceler de toutes façons son débiteur, pour en obtenir une garantie.

La peur de l'hypothèque judiciaire empêchera le prêteur de donner de l'argent à l'emprunteur sans garantie conventionnelle. Elle le rendra exigeant et intraitable à l'échéance. En un mot elle réduit presque à néant le crédit du débiteur.

Nous reprocherons encore à l'hypothèque judiciaire d'entraver la propriété foncière par un nombre considérable d'inscriptions. Elle paralyse une grande partie du crédit général en grevant et en dépréciant beaucoup d'immeubles. Même spécialisée, elle s'attachera quand même à un nombre considérable de domaines.

Paul Pont (1) répond : Voit-on bien jusqu'où va l'objection? L'hypothèque légale et l'hypothèque conventionnelle sont aussi des entraves à la propriété foncière. Est-ce qu'on réclame leur suppression? Si, à l'exemple de la Cour de Lyon (2), dans ses observations sur le

(2) Doc. Hyp., t. III, p. 267. - - -

(1) Pont, Privilèges et Hypothèques, tit. XVIII, p. 571.

projet du Code, on disait que « l'hypothèque, *en général*, est peut-être au nombre de ces institutions essentiellement vicieuses qu'il est impossible d'améliorer et qu'il faut extirper absolument sans chercher à les régulariser », on comprendrait l'objection. Mais maintenir l'hypothèque en principe et demander que l'hypothèque judiciaire soit supprimée, parce qu'elle imprime à la propriété un droit de préférence, c'est tomber dans une contradiction dont l'évidence est palpable, puisque le propre de l'hypothèque est précisément d'affecter la propriété et d'y imprimer ce droit de préférence.

Nous répondons que l'hypothèque n'est pas du tout au nombre de ces « institutions essentiellement vicieuses » dont parle la Cour de Lyon. C'est la garantie la plus sérieuse que puisse offrir un débiteur. Le législateur ne doit donc pas la supprimer. Seulement, comme elle grève les immeubles d'un droit réel et qu'elle constitue véritablement une entrave à la liberté de disposition du propriétaire, il est normal que, dans une bonne législation, elle soit l'exception et non la règle. Si elle est la règle, elle devient une source d'embarras et de frais. Or, l'hypothèque attachée aux jugements tend à transformer en règle l'hypothèque. Comme le dit très justement M. de Vareilles (2) : « Que dirait M. Pont si le législateur, faisant un pas de plus, déclarait que toute obligation serait, dès sa naissance, munie d'hypothèque ? Avec la réponse qu'il a faite, M. Pont n'aurait rien à critiquer dans cette mesure funeste.

(1) de Vareilles, op. cit., p. 255,

L'hypothèque judiciaire est encore préjudiciable au crédit général en suscitant une foule de procès. Tous ces procès entraînent, sans nécessité aucune, des frais énormes pour le débiteur comme pour les créanciers. Ceux, qui n'ont pas été colloqués en ordre utile, chicanent par tous moyens les créanciers plus heureux qui ont été payés. Ils contrôlent tout et si jamais ils découvrent, dans la procédure, une omission ou une irrégularité susceptible d'entraîner la nullité, ils n'hésitent pas à plaider cette nullité ou à se faire payer cher leur silence. Si l'on se trouve en matière commerciale, le but des créanciers chirographaires est de faire reculer le plus possible le commencement de la faillite pour que les hypothèques judiciaires tombent dans la période de la nullité.

Obstacle sérieux au développement du crédit foncier, entrave au crédit personnel, telle est l'hypothèque judiciaire. Sa suppression donnerait un nouvel essor au crédit général.



DEUXIÈME PARTIE

Projets de réforme de l'hypothèque judiciaire

CHAPITRE I

Historique des différents projets de réforme

Les critiques adressées à l'hypothèque judiciaire que nous venons de reproduire et d'apprécier ont été apportées et invoquées dans les différentes discussions relatives à la réforme du régime hypothécaire.

La plus ancienne discussion est celle qui se produisit dans l'enquête administrative de 1841 ordonnée par le ministre de la justice. Toutes les Facultés de Droit et toutes les Cours d'appel eurent à donner leur avis motivé sur la réforme du régime hypothécaire.

Nous allons passer en revue les différentes modifications réclamées dans cette enquête, relativement à l'hypothèque judiciaire.

Nous nous reprocherions de ne pas mentionner les observations de la Faculté de Droit de Dijon, si favorables à l'hypothèque judiciaire (1): « Il nous a semblé dit-elle, que le principe de cette institution était salulaire en ce que la Société ne peut prêter trop d'assis-

(1) Doc. Hyp. T. III, p. 275.

tance à la chose jugée ; salutaire encore en ce qu'elle fournit au créancier le moyen de paralyser les fraudes par lesquelles le débiteur condamné tenterait de soustraire ses biens à l'effet de la sentence, en les aliénant ». Loin de combattre l'hypothèque judiciaire, la Faculté de Dijon désirerait plutôt lui donner de l'extension. Un débiteur, à la veille de perdre son procès, peut aliéner ses biens et les soustraire ainsi à son créancier. Ces derniers frustrés injustement de leur gage, ne peuvent le retrouver qu'en intentant l'action Paulienne. Cette action ne sera efficace que s'ils peuvent prouver la fraude même de la part des acquéreurs. Cette action n'offre aux créanciers qu'une garantie bien précaire tant est difficile l'établissement de la preuve qu'elle exige. La Faculté est d'avis d'accorder aux créanciers, avec l'autorisation du Tribunal, le droit de prendre une inscription conditionnelle, dont l'effet rétroagirait en cas de condamnation du débiteur. Le Tribunal ne l'accorderait que s'il avait des doutes sur la solvabilité et sur la bonne foi du débiteur. Il pourrait d'ailleurs en donner main-levée même avant le jugement définitif.

La Faculté de Rennes (1) s'est constituée aussi défenseur acharné de l'hypothèque judiciaire. Les décisions judiciaires doivent être entourées d'une sanction énergique ; quand la justice proclame l'existence d'engagements, il convient qu'un droit d'hypothèque assure l'exécution de ses arrêts.

La plupart des Facultés et des Cours ont insisté sur

(1) Doc. Hyp. T. III. p. 283.

la spécialisation de l'hypothèque judiciaire. La Faculté de Paris (1), constatant que « la généralité de l'hypothèque judiciaire porte au crédit du débiteur une atteinte trop considérable et complique inutilement les procédures qui se rapportent à l'expropriation des immeubles et à la distribution du prix des ventes, » propose de spécialiser cette hypothèque dans l'inscription. (Une inscription spéciale devrait être prise sur chacun des immeubles que le créancier voudra grever d'hypothèque). La Cour de Montpellier (2) désirerait voir appliquer à l'ypothèque judiciaire les dispositions de l'article 2132 relatives à la spécialité. La Cour de Colmar (3) trouve qu'il y a quelque chose d'irrégulier et d'illogique à ce que le juge se substitue à la volonté des parties et accorde de son autorité privée une hypothèque que l'une n'a pas offerte ou acceptée. Le droit d'exécution semble être le seul droit que le juge puisse accorder aux particuliers.

Toutefois la Cour n'a pas cru pour cela devoir demander la suppression de l'hypothèque judiciaire. Elle a considéré que le débiteur, qui ne paye point à l'échéance, ne peut se plaindre de ce qu'on met en pratique le principe que toute obligation engage la totalité des biens. Seulement, il y a lieu de restreindre l'hypothèque judiciaire aux biens présents. Sous un régime qui fait de la spécialité de l'hypothèque sur les biens présents, le principe, et n'admet l'hypothèque conventionnelle sur les bien futurs, qu'exceptionnelle-

(1) Doc. Hyp. T. III, p. 279.

(2) Doc. Hyp. T. III, p. 370.

(3) Doc. Hyp. T. III, p. 266.

ment, on ne peut donner plus d'étendue à l'hypothèque judiciaire; car le non-hypothèque, serait mieux traité ainsi que celui qui a demandé une hypothèque.

La Faculté de Grenoble (1) propose de remplacer les mots « l'hypothèque judiciaire résulte des jugements en faveur de celui qui les a obtenus » par ceux-ci : « L'hypothèque judiciaire résulte des jugements de condamnation qui, ne prononçant aucune condamnation proprement dite ne sauraient emporter hypothèque. »

Peu de temps après cette enquête de 1841, la discussion reprit naissance au sujet du maintien de l'hypothèque judiciaire. Cédant à ce mouvement, la République de 1848, nomma une commission le 12 juin 1849, pour étudier l'opportunité de la réforme qu'on réclamait. A l'unanimité elle vota la suppression de l'hypothèque judiciaire. M. Persil, (2) fut le rapporteur de cette commission. Elle ne proposait rien pour mettre à la place de l'hypothèque qu'elle supprimait. Le projet de loi fut successivement présenté au Conseil d'Etat et à l'Assemblée Nationale. Monsieur Bethmont (3) fut chargé par le Conseil d'Etat, et Monsieur Vatimesnil (4) par la Commission de l'Assemblée, de rédiger des rapports concluant au rejet de notre Code de l'hypothèque judiciaire. Mais les tribunaux et les chambres de commerce réclamèrent contre cette mesure énergique. La Chambre des Avoués de Paris plaida éloquemment la cause de l'hypothèque judiciaire.

(1) Doc. Hyp. T. III p. 275.

(2) Rapport de M. Persil, p. 109 et suiv.

(3) Rapport de Monsieur Bethmont, p. 36.

(4) Rapport de Monsieur Vatimesnil, p. 21.

« En admettant, dit-elle, ce qui est bien difficile à croire, que le débiteur soit assez modéré pour réclamer un crédit parfaitement égal à la valeur de ses immeubles, et que l'hypothèque judiciaire n'ait d'autre tort que de conduire à une liquidation judiciaire, ce tort est bien imaginaire, alors qu'on voit qu'un autre danger bien plus grave lui succède immédiatement. Et d'ailleurs ce tort, s'il existait, serait bien peu important, quand on le compare aux inconvénients que nous venons de signaler : la ruine du crédit personnel et du crédit foncier tout à la fois, l'abaissement des décisions de justice, l'interdit jeté sur la propriété dont on veut rendre la circulation plus facile, le désordre nécessairement introduit dans la fortune du débiteur, voilà certes des dangers d'un ordre bien plus élevé que ceux auxquels on veut porter remède; et, quand on envisage avec calme et réflexion et la situation actuelle et celle qu'on veut lui substituer, n'arrive-t-on pas à cette conviction profonde que, bien loin d'être favorable au développement de la pensée qui doit dominer et inspirer le législateur, on porte à son système le coup le plus funeste et le plus meurtrier ? » (1).

Les réformateurs, émus par ces réclamations basées sur une argumentation plus brillante que solide, proposèrent de remplacer l'hypothèque judiciaire par un système d'*oppositions*. Soumis à l'examen de l'Assemblée ce système, qui avait été repoussé en Belgique, fut adopté après une discussion des plus vives (2). Nous y reviendrons plus tard.

(1) Observations, p. 12 et 13.

(2) Moniteur, 1850, p. 3615-3625, id. de 1851, p. 537.

Cette demi-mesure sembla ne contenter personne. M. Troplong dit qu'elle déplut bien vite à une partie de l'Assemblée et qu'une fraction considérable se proposait de rejeter les articles 2161 et suivants du projet qui organisaient le nouveau système. M. Paul Pont fait observer que l'hypothèque judiciaire, qui avait fait assez de progrès dans l'intervalle de la première à la seconde délibération, pour renaître en quelque sorte sous une nouvelle dénomination, aurait fait un pas de plus. « Et, ajoute Troplong, je dois dire qu'un parti nombreux s'était formé dans l'Assemblée qui, frappé des inconvénients de la suppression, se proposait, pour résoudre cette question, de rejeter le projet » (1).

Est-il bien sûr qu'à la troisième délibération on aurait rétabli l'hypothèque judiciaire, telle qu'elle existait dans notre Code ? Le mouvement, qui s'était produit au sein de l'Assemblée contre cette hypothèque, était trop fort pour changer ainsi et se transformer en faveur de l'hypothèque judiciaire. Le sort de la troisième délibération, nul ne le connaîtra jamais. Les événements politiques, qui se succédèrent rapidement, le fameux coup d'État empêchèrent définitivement l'examen en troisième délibération et le vote du projet. Il est probable cependant que si l'Assemblée nationale avait pu délibérer une troisième fois, elle eut supprimé l'hypothèque judiciaire, sauf à la remplacer peut-être par un système d'oppositions.

Elle eut certainement applaudi et cédé à l'adjuration que M. Valette lui adressait, en terminant son dis-

(1) Troplong, 1^{re} édition à la dernière note du numéro 435 (bis) in fine.

cours : « Quant à l'hypothèque judiciaire proprement dite, celle sur laquelle l'Assemblée va voter, elle a, je crois pouvoir le dire, la certitude de réaliser une excellente réforme en débarrassant votre loi de cette hypothèque. Si vous ne le faisiez, vous n'auriez rien fait. Nous voulon simplifier, nous voulons arriver à des ordres peu compliqués. Déjà nous avons spécialisé l'hypothèque légale, elle ne sera plus générale, mais restreinte à des immeubles déterminés. Si vous ne corrigiez pas ce qui est relatif à l'hypothèque judiciaire, vous arriveriez à détruire, par ce seul vote, ce que vous auriez fait de bien pour la simplification de la loi et vous n'auriez qu'ébauché votre œuvre. » (1)

Pendant qu'en France l'hypothèque judiciaire était ainsi combattue, exposée à sa perte, puis sauvée enfin par le coup d'Etat du 2 décembre, les autres pays de l'Europe, moins agités par des luttes intestines, opéraient avec calme une réforme si nécessaire.

La loi néerlandaise de 1838, la loi de Genève de 1851, la loi roumaine de 1854 et d'autres encore abrogèrent radicalement cette hypothèque en le supprimant purement et simplement.

A la même époque, la Belgique réforma aussi son régime hypothécaire. La commission avait organisé un système d'opposition pour remplacer l'hypothèque judiciaire; mais la législature la repoussa et vota par 56 voix sur 62, la suppression pure et simple de l'hypothèque judiciaire. La loi du 16 décembre 1851, qui contient le régime hypothécaire belge ne fait aucune mention de l'hypothèque judiciaire.

(1) Discours 18 décembre 1850.

Cette réforme radicale a été jugée diversement. « Parmi ceux qui ont voté la suppression pure et simple, dit M. Martou, il en est, paraît-il, qui, depuis la mise en vigueur de la loi, ont des doutes sur le mérite de cette réforme et qui vont même jusqu'à la regretter (1) ». D'un autre côté, M. Laurent, dans une lettre du 24 février 1880 adressée à M. Flour de Saint-Genis, juge ainsi cette réforme :

« Trois mots suffiront. On ne s'aperçoit pas en Belgique de l'abrogation de l'hypothèque judiciaire. Quand la loi ne veille pas aux intérêts des particuliers ils y veillent eux-mêmes, ce qui vaut infiniment mieux (2) ».

L'Italie en se donnant un code uniforme en 1866 a conservé l'hypothèque judiciaire. Elle peut s'inscrire sur tous les immeubles présents du condamné mais ces biens doivent être spécifiés dans le bordereau d'inscription. L'effet hypothécaire a été enlevé aux simples reconnaissances d'écritures (3).

Le nouveau Code hollandais a supprimé l'hypothèque judiciaire. On s'est fondé principalement sur le principe d'égalité, qui ne permet pas à un créancier de se donner à lui-même une cause de préférence sur les autres. Il faut remarquer, en effet, qu'une hypothèque est plutôt préjudiciable aux tiers qu'au débiteur lui-même, puisqu'il est, quant à lui, obligé sur tous ses biens. Les auteurs du Code ont pensé qu'il suffisait d'autoriser le créancier à saisir les biens du débiteur, en vertu d'un

(1) Martou, n° 698.

(2) Procès-verbaux de la Com. du Cadastre F I, p. 311.

(3) Code civil italien et Code Napoléon par T. Hue, page 265.

Paul Gide. De la législation civile dans le nouveau royaume d'Italie, p. 30.

jugement, rendu même par défaut, saisie qui doit frapper d'inaliénabilité les immeubles.

En Suisse, l'hypothèque judiciaire, abrogée dans les cantons de Genève par une loi du 6 janvier 1851, se restreint dans le canton de Neuchâtel aux jugements prononçant une condamnation de plus de deux cents francs; la sentence doit déterminer en termes précis la somme garantie et l'immeuble grevé.

En Russie, l'hypothèque judiciaire existe à charge d'inscription.

Le Code Tunisien ne reconnaît par l'hypothèque judiciaire. La plupart des États Allemands, notamment le Wurtemberg l'ont repoussée. Toutefois la Bavière l'a conservée. C'est dans ce pays qu'est mise en pratique la théorie de la prénotation.

Le canton de Vaud a aussi rejeté l'hypothèque judiciaire. Les deux Siciles et la Toscane l'avaient au contraire adoptée; en Toscane elle était spéciale.

La Grèce l'a aussi consacrée dans son nouveau Code hypothécaire, mais en la spécialisant.

Depuis longtemps, en Angleterre fonctionne une espèce d'hypothèque judiciaire. Le créancier peut requérir, du greffier de la Cour compétente, la confection d'un tableau général des jugements rendus contre le débiteur. A partir de la confection de ce tableau, ceux qui ont obtenu des jugements sont préférés aux *morts-gages* postérieurs. La doctrine des *morts-gages* a été aussi en honneur dans les colonies anglaises, devenues à l'heure actuelle les États-Unis d'Amérique. Le même système fonctionne en Écosse : les créanciers obtiennent une garantie, qui est analogue

aux morts-gages et qu'on nomme *wydsel*. Le créancier peut aussi obtenir du juge une sentence qui interdise au débiteur l'aliénation de ses immeubles.

En France, depuis 1851, la lutte a continué très vive entre les deux camps. Partisans et adversaires de l'hypothèque judiciaire sont à peu près d'égal nombre et de même force. Parmi nos jurisconsultes, M. Valette en 1849 attaque l'hypothèque judiciaire : « Quelle bizarrerie dans cette préférence attribuée à celui des créanciers, qui mieux servi que les autres, soit par le zèle des officiers publics qui lui prêtent leur ministère, soit par le hasard des circonstances a obtenu le premier un jugement de condamnation ou peut-être réussi le premier à livrer et faire exécuter le jugement. Quelle prime d'encouragement offerte ainsi à l'ardeur des poursuites judiciaires et par suite quelle cause féconde et incessante de frais ruineux pour le débiteur ! » (1) M. Pougeard l'attaque avec vigueur et dirige contre elle les meilleurs arguments (2). M. Troplong la défend mollement. MM. Aubry et Raut n'admettent pas, maintenant que l'hypothèque judiciaire naisse d'un jugement et soit générale. Sa base historique lui faisant défaut, seul pourrait expliquer son maintien l'intérêt d'ordre public qui s'attache aux décisions judiciaires. « Que la loi assure par tous les moyens possibles l'exécution des jugements à l'encontre des débiteurs eux-mêmes rien de plus juste et de plus important ; mais il ne nous paraît ni juridique, ni utile de favoriser le créancier qui, le premier, a obtenu un jugement contre le débi-

(1) Revue du droit français et étranger, 1869, t. VI.

(2) De l'amélioration du régime hypothécaire, p. 28.

teur commun, en lui accordant, au détriment des autres créanciers, un droit de préférence sur la généralité de ses immeubles (1) ». MM. Paul Pont et Marcadé défendent avec énergie l'hypothèque judiciaire. Il est faux de dire que le tribunal crée un droit nouveau en accordant cette hypothèque. Le droit du créancier qui l'obtient n'est pas dans le jugement mais dans le contrat originaire, dont le tribunal a reconnu l'existence et la validité. L'hypothèque judiciaire est injuste ? Pourquoi ? Qui lèse-t-elle ? Le débiteur. Mais s'il ne paye pas à l'échéance, il s'expose à se voir poursuivi, car toute obligation engage la totalité de ses biens. Le créancier inscrit déjà ? Mais il a la priorité. Les créanciers futurs ? Ils ne sauraient avoir de droits puisqu'ils n'existent pas. Les créanciers chirographaires ? Mais ils n'avaient qu'à prendre hypothèque (2).

M. Colmet de Santerre se déclare aussi partisan de l'hypothèque judiciaire : « L'avantage de cette hypothèque est de développer le crédit chirographaire, de réduire le nombre des hypothèques conventionnelles et, partant, de favoriser en même temps le développement des affaires et la liberté des propriétés foncières. (3)

Au Congrès de la Propriété foncière à Paris en 1892, M. de la Grasserie présenta un projet de loi hypothécaire. Il supprime l'hypothèque judiciaire et la remplace par les dispositions de l'article 33 § 2. Les hypothèques légales comprennent :

2° Celle de la masse des créanciers existants, soit au

(1) Aubry et Raut, T. III, p. 150, note 2.

(2) Pont et Marcadé. T. II, p. 3.

(3) Colmet de Santerre, Cours de Droit Civil.

moment de l'inscription de la saisie immobilière faite par un seul des créanciers chirographaires, soit au moyen de prénotations au moment du jugement de condamnation obtenu par un de ses créanciers ou de l'ordonnance du Président du Tribunal, permettant au créancier de prénoter sa saisie dès le commandement tendant à saisir, en cas de titre exécutoire ou dès la demande tendant à la condamnation dans le cas contraire. Cette hypothèque, à partir de son inscription ou de sa prénotation, confère, non au créancier qui s'inscrit seul, mais à tous les créanciers existants et dont le titre a date certaine à cette époque, un droit de préférence vis-à-vis des créanciers postérieurs et un droit de suite. En outre, le débiteur ne peut aliéner l'immeuble vis-à-vis d'eux.

Main-levée de cette inscription pourra cependant être donnée par le créancier saisissant, tant que la vente n'aura pas été annoncée par des insertions.

Cette dernière hypothèque remplace l'hypothèque judiciaire (1).

Le Gouvernement, en 1890, proposa de mettre à l'étude la question du renouvellement du cadastre. Le Parlement se montra favorable à ces vues et ouvrit au chapitre 65 du budget des dépenses du Ministère des Finances (loi, 26 décembre 1890), un crédit d'un million « pour permettre d'aborder les études et les expériences qui devront nécessairement précéder l'application d'une réforme aussi considérable. » (2)

(1) Essai de projet de loi hypothécaire présenté au Congrès international de la propriété foncière à Paris, 1892.

(2) Rapport de M. Rouvier, ministre des finances, au Président de la République, le 29 mai 1891.

Il y aura lieu d'examiner si l'on doit adopter le système ayant pour base, une absolue et complète publicité de la propriété foncière et de ses démembrements, et si l'on doit y ajouter l'obligation de la spécialisation de tous les privilèges et hypothèques conformément aux résultats des travaux du Ministère de la Justice.

La sous-commission juridique composée de sénateurs, de députés, de professeurs de droit et de spécialistes distingués, choisit comme président M. Dauphin. Elle adopta la spécialisation de tous les privilèges et hypothèques réclamée par le Ministère de la Justice. Le 23 juillet 1891, elle arriva à la discussion de l'hypothèque judiciaire. M. Challamel, prononça contre cette hypothèque un réquisitoire habilement dressé, invoquant l'autorité de MM. Crémieux et Valette, passant en revue un à un tous les arguments apportés depuis près d'un siècle et terminant en réclamant son abrogation. (1) M. Millaud désirerait qu'on trouvât « un moyen terme entre la suppression de l'hypothèque judiciaire, sa disparition totale, absolue et une réforme pratique, capable de mettre fin aux abus signalés par les auteurs et par les hommes expérimentés qui voient les affaires de près (2) ».

M. Busnoir, le regretté professeur de la Faculté de Paris, trouve injuste d'accorder, au moyen de l'hypothèque judiciaire, un droit de préférence dont l'attribution est due plutôt au hasard ou à la faveur qu'à la propre diligence du créancier. « Mais ne faut-il pas au

(2) Trav. préparatoires, F. 1, p. 305 à 312.

(1) Travaux préparatoires F I, p. 305 à 312.

moins protéger le créancier, qui a obtenu un jugement, contre les préférences qui seraient accordées à d'autres et plus généralement contre les actes de disposition du débiteur (1) ». Après avoir passé en revue les différents procédés appelés à remplacer l'hypothèque judiciaire et constaté qu'en Belgique sa suppression pure et simple n'a causé aucun trouble ni aucun préjudice, M. Busnoir propose de modifier la loi sur les saisies, en protégeant d'une façon plus efficace celui qui a déjà fait valoir son titre par voie de saisie.

M. Marquès di Braga prend spirituellement la défense de l'hypothèque judiciaire. Il est, dit-il, un verbe aussi laid dans sa forme phonétique et grammaticale qu'au point de vue moral, c'est le verbe « s'insolvabiliser ». C'est un verbe qu'on conjugue très couramment dans le monde de la pratique. Il faut cependant à tout prix interdire ou réduire dans la pratique autant que possible sa conjugaison. L'hypothèque judiciaire est une des meilleures entraves qu'on puisse lui mettre. Celui qui obtiendra en récompense de sa vigilance l'hypothèque judiciaire aura bien mérité cette prime, car « il aura rendu à la chose publique un service véritable ; il sera parvenu à faire mettre sous la main de la justice les biens présents et à venir du débiteur » (2).

M. Challamel réplique très justement que le créancier poursuivant ne sert que lui-même ; il se fait inscrire à titre de créancier préférable. Il ne faut pas multiplier inutilement les poursuites. Elle leur est utile parce qu'elle fait naître, à leur grand profit, mais au

(2) Travaux préparatoires, F. I, p. 312.

(1) Trav. prép. F. I, p. 318.

préjudice des parties en cause, des procès qui n'en sont pas et n'ont pas de raison d'exister.

M. Flour de Saint-Genis fait remarquer qu'il n'a jamais vu dans un ordre les inscriptions d'hypothèque judiciaire arriver en rang utile. La plupart sont prises pour des sommes très faibles, mais avec exagération des frais auxquels elles pourraient donner lieu. L'inscription coûte 50 francs et 2,000 francs à prévoir pour les frais. En dehors des officiers ministériels on se demande à qui elles pourraient profiter.

La discussion étant close, trois ordres du jour furent déposés : le premier de M. Challamel : « L'hypothèque judiciaire est supprimée; » le deuxième présenté par M. Léon Michel : « Au cas où l'hypothèque judiciaire serait maintenue, il y aurait lieu de la soumettre à la règle de la spécialité. » Le troisième formulé par M. Neymarck. « Avant de voter la suppression ou la modification, indiquer les procédés par lesquels elle sera remplacée ou modifiée. » Ce dernier ordre du jour fut adopté par la sous-commission.

Un rapport et un avant-projet furent déposés par M. Challamel (1). On les discuta dans la séance du 3 février 1892.

M. Challamel examine les procédés qui pourraient être substitués à l'hypothèque judiciaire pour assurer l'exécution de la chose jugée sans accorder de préférence à un créancier sur un autre créancier de même rang que lui.

Le créancier aura le droit de prendre inscription sur

(1) Rapport et avant-projet, F. 2, p. 205.

chacun des immeubles de son débiteur, en vertu du commandement qu'il lui aura fait signifier. A partir de l'inscription, l'immeuble devient indisponible dans une certaine mesure, au profit de la masse créancière. Ce système fut introduit en Belgique, d'après la loi de 1854 sur l'expropriation forcée.

M. Coste, prétend que l'hypothèque judiciaire est funeste au crédit personnel. Les fermiers trouvent facilement crédit quand cette opération s'appuie sur une saisie immobilière éventuelle. Chez nous 71 pour cent des cultivateurs sont propriétaires pour partie au moins des terres qu'ils exploitent. La suppression des hypothèques occultes facilitera ce crédit. Mais, ayant fait disparaître ces hypothèques, il ne faut pas créer des droits chirographaires occultes. M. Challamel dit dans son rapport, que le prix de la vente sera partagé entre tous les créanciers, qu'ils aient poursuivi ou non, qu'ils soient inscrits ou non. Les banquiers ou les fournisseurs n'oseront plus avoir confiance dans le crédit personnel, s'ils sont évincés par une foule de créanciers chirographaires inconnus.

Après une réplique de M. Challamel et des critiques de détail faites par M. Faye, on adopte une proposition de M. Massigli, conçue en ces termes : « L'hypothèque judiciaire est abrogée. » Les articles suivants du projet de M. Challamel sont adoptés. Tout créancier dont la créance est exigible et dont le titre est exécutoire pendant quinze jours après la signification d'un commandement à son débiteur, peut requérir au bureau des hypothèques, l'inscription de ce commandement.

Mais, si l'on s'entend au point de vue des effets de

l'inscription, destinée à suppléer l'hypothèque judiciaire au point de vue de la faculté d'aliéner, on ne peut se mettre d'accord quant à ses effets au point de vue de la faculté d'hypothèque.

M. Léon Michel dit qu'on doit choisir entre supprimer l'hypothèque judiciaire purement et simplement et la maintenir avec des conditions de publicité et de spécialité.

M. Boudenoot réclame la suppression radicale de l'hypothèque judiciaire, parce qu'elle est une prime accordée « aux créanciers les plus roublards qui en profitent au détriment des autres. »

La proposition de M. Bonjean, supprimant radicalement l'hypothèque judiciaire, est adoptée. Les articles de l'avant-projet de M. Challamel, qui avaient été votés sont considérés comme ne l'ayant jamais été. L'accord n'ayant pu se faire sur les effets de l'inscription au point de vue de la faculté d'hypothéquer, on préféra abandonner complètement l'avant-projet et supprimer purement et simplement l'hypothèque judiciaire.

Le ministre de la justice, M. Darlan, s'appuyant sur les conclusions de la sous-commission juridique de la Commission du Cadastre, déposa au Sénat en séance du 27 octobre 1896, un projet de loi sur la réforme hypothécaire.

Nous supprimons d'une façon absolue l'hypothèque judiciaire, est-il dit dans les considérants.

Juridiquement, d'après les principes généraux de notre Droit, il ne doit y avoir que deux sources d'hypothèques, la loi et la convention; le maintien de l'hypothèque judiciaire ne s'explique donc point au point de

vue théorique. Il ne se justifie pas davantage au point de vue pratique. En effet, d'une part frappant tous les biens présents et à venir du débiteur, cette hypothèque fait échec à la règle de la spécialité qui est la sauvegarde des tiers; d'autre part, obtenue par les créanciers les plus impatients, parfois les moins dignes d'intérêt, elle est, comme on l'a dit si justement, le prix de la course, faisant naître des causes de préférence imprévues et mettant dans une situation défavorable certains de ses créanciers chirographaires, qui ont, comme les autres, suivi la foi de leur débiteur et qui souvent sont les premiers en date. C'est pour ces motifs que nous en demandons la suppression pure et simple. (1)

Nous devons mentionner d'autre part, pour être impartial, une décision votée par le Congrès de la propriété bâtie en juin 1897 sur le projet de la loi Darlan :

« Considérant que le projet de loi propose la suppression pure et simple de l'hypothèque judiciaire.

» Qu'on invoque d'une part le caractère général de cette hypothèque, comme étant de nature à nuire au crédit du débiteur, mais considérant que l'article 2161 du Code civil donne au débiteur le moyen de rendre cette hypothèque spéciale ;

(Nous reviendrons dans notre cinquième chapitre sur la spécialisation de l'hypothèque judiciaire; nous essaierons d'en démontrer l'impossibilité théorique et pratique).

» Considérant qu'on soutient, d'autre part, qu'il n'est

(1) Projet de loi Darlan sur la réforme hypothécaire. Sénat séance du 27 octobre 1896.

pas juste qu'un créancier, qui n'a pas exigé une hypothèque au moment du contrat, puisse s'en procurer une postérieurement et s'attribuer ainsi une situation privilégiée ;

» Mais considérant que tout en faisant observer qu'on en pourrait dire autant de tous ceux qui se font consentir des hypothèques conventionnelles, des transports, des nantissements ou qui, par des saisies-arrêts validées par jugement, se procurent un droit de préférence sur les autres créanciers moins diligents, il suffit de dire que les dettes et obligations ne dérivent pas seulement des contrats et spécialement des contrats de prêt, qu'elles dérivent aussi des quasi-contrats, des quasi-délits, des délits et des crimes, de l'exécution ou de l'inexécution d'un mandat de la loi elle-même.

(Nous ferons remarquer que le droit de préférence naissant d'une hypothèque conventionnelle consentie par un débiteur à son créancier n'a rien d'injuste. Le créancier est toujours libre de réclamer les garanties qu'il lui plaît. Si, en consentant cette hypothèque, le débiteur a créé ou augmenté son insolvabilité, s'il a avantagé un créancier au préjudice des autres, ces derniers peuvent attaquer cette constitution par la voie de l'action Paulienne. L'hypothèque judiciaire, au contraire, est inattaquable. Le créancier, qui le premier a obtenu la levée d'un jugement de condamnation, fait inscrire aussitôt son hypothèque et prime sur le prix des immeubles tous les autres créanciers. D'où vient ce droit de préférence ? Pourquoi cet avantage ? Injuste pour les créanciers, qu'elle prive de l'égalité dans les partages, désastreux pour le débiteur qui a peut-être

refusé une hypothèque conventionnelle et voit ses immeubles frappés malgré lui, au détriment de son crédit d'une hypothèque générale, voilà l'hypothèque judiciaire.)

« Considérant que dans tous ces cas et bien d'autres, il n'était pas possible au créancier de stipuler à l'avance et au moment du contrat une garantie quelconque ; que les créances qui naissent de tous ces faits sont au moins aussi sacrées que celles qui se sont constituées au profit de prêteurs d'argent et que cependant elles leur seraient purement et simplement sacrifiées, puisqu'il dépendrait toujours d'un débiteur de les annuler en consentant au profit d'un tiers des hypothèques conventionnelles ».¹

En 1850, quand l'Assemblée Nationale eut supprimé en principe l'hypothèque judiciaire, plusieurs membres demandèrent qu'on la maintint en matière de délits. Dans le cas de délit, on ne peut reprocher au créancier de n'avoir pas exigé de garanties conventionnelles ; il n'a pu veiller à ses intérêts ; sa vigilance ne peut ici être mise en défaut. Souvent dans ses relations avec le débiteur, il a été dans une situation d'infériorité, aussi grave parfois que celle de la femme ou des mineurs devant leurs maris ou leurs tuteurs. Un homme met le feu à ma maison et me ruine. Il me doit réparation de ce dommage et le législateur doit me garantir d'une façon spéciale le paiement des dommages et intérêts auxquels il sera condamné.

L'hypothèque judiciaire, accordée en ce cas, tout en étant injuste comme toujours en accordant un droit de préférence, s'explique devant un intérêt public : la

sauvegarde de la société. Si les individus qui la composent ne sont plus secourus efficacement par ses lois, si impunément des dommages peuvent leur être causés sans qu'ils puissent légalement se faire indemniser, que deviendra la société? L'hypothèque judiciaire devrait donc être accordée en matière de crimes ou délits.

Mais il faudra l'étendre aux quasi-contrats et aux quasi-délits. Il serait illogique de la leur refuser. Dans ces cas aussi le créancier n'a pu se prémunir contre l'insolvabilité de son débiteur, il n'a pu exiger des garanties ; par conséquent le législateur doit le protéger en lui accordant l'hypothèque judiciaire. Le domaine des quasi-contrats et des quasi-délits est immense. De toute part reparaîtront des hypothèques judiciaires, et avec elles leurs inconvénients et leurs injustices. Ce ne sera pas le créancier, victime du délit le plus grave, qui primera les autres ; le plus avantage sera le premier arrivé ; l'hypothèque judiciaire, ici comme ailleurs, sera le prix de la course.

Il faudrait, pour ne pas froisser la logique et la justice, que l'hypothèque judiciaire, née des délits et des crimes, pût naître le jour même du délit ou du crime et eut rang dès ce jour. C'est ce qui existait dans notre très ancien droit français. Les règles de la publicité rendent impossible le retour à cette ancienne tradition. L'hypothèque judiciaire existerait à l'égard des tiers, avant même d'être inscrite et produirait effet à dater de ce moment. Le principe de la publicité ne peut supporter cette espèce de rétroactivité de l'hypothèque.

Puisqu'on ne peut efficacement protéger le créancier par une hypothèque légale, née le jour du délit, il est inutile de lui donner une hypothèque judiciaire, garantie imparfaite et aléatoire. Si l'on gardait pour les crimes, délits, quasi-délits et quasi-contrats l'hypothèque judiciaire, on pourrait rencontrer de fréquentes injustices. On verrait par exemple le créancier, de dommages et intérêts accordés pour un léger quasi-délit, préféré au créancier qui a prêté de l'argent et n'a pu être remboursé à l'échéance. Le dommage causé à ce dernier est cependant plus grand que celui causé au premier. Comment expliquer que la loi avantage le moins intéressant ? D'ailleurs, quand le débiteur ne rembourse pas volontairement l'argent prêté n'est-il pas beaucoup plus coupable qu'en commettant bien des délits ?

« Considérant que l'hypothèque judiciaire étant supprimée, l'ouvrier, possédant une créance, ne pourra se faire consentir une hypothèque conventionnelle, sans s'exposer à des frais relativement considérables, tandis que dans l'état actuel, grâce à l'hypothèque judiciaire et avec l'aide de l'assistance judiciaire, il peut se procurer sans frais les garanties nécessaires. »

» En pratique, y a-t-il réellement tant d'ouvriers qui attaquent leurs patrons pour le paiement de leurs salaires et obtiennent sur leurs biens l'hypothèque judiciaire ? Ils sont protégés suffisamment par leur privilège (1). En tous cas l'hypothèque judiciaire

(1) La loi du 28 mai 1838, modifiée par la loi du 4 mars 1889 accorde aux ouvriers un privilège pour les salaires des trois mois qui ont précédé la liquidation judiciaire ou la faillite.

étant supprimée, ils obtiendront encore l'assistance judiciaire pour concourir avec tous les créanciers en paiement des sommes non garanties par leur privilège.

» Considérant enfin, que si la loi belge de 1851 a supprimé l'hypothèque judiciaire, d'une part, le Code Italien promulgué en 1865 l'a maintenue et que, d'autre part, la statistique démontre que, depuis la suppression de cette hypothèque en Belgique, le nombre des expropriations immobilières a triplé, ce qui confirme énergiquement ce qui a été dit ci-dessus sur l'avantage de l'hypothèque judiciaire pour le débiteur lui-même. »

A cela nous opposons une lettre d'un professeur de l'Université de Louvain, adressée à M. Challamel et lue par ce dernier à la sous-commission juridique du Cadastre (1):

« La préférence qui résultait de l'ancienne législation, au profit du créancier chirographaire, premier poursuivant, au détriment des autres était considérée comme injuste et c'est sans doute pour ce motif que la suppression de l'hypothèque judiciaire est aujourd'hui généralement approuvée. »

M. Challamel a ajouté des renseignements statistiques, donnés par le conservateur des hypothèques de Bruxelles, se référant à son arrondissement le plus important de la Belgique.

Il y a eu pour cet arrondissement au cours de la dernière année écoulée (1895) — et ces chiffres sont considérés comme se présentant dans la moyenne — 355 inscriptions de commandement et 287 tr. de saisie.

(1) Comme, extra-parl. du Cadastre, F. 3.

Le vote du congrès de la propriété foncière se termine ainsi :

» Considérant que la suppression de l'hypothèque judiciaire serait funeste aux créanciers les plus dignes d'intérêt et aux débiteurs eux-mêmes;

Par ces motifs,

Est d'avis que ce projet ne doit pas être adopté. »



CHAPITRE II

Système des prénotations

Nous reconnaissons, avec tous les adversaires de l'hypothèque judiciaire, qu'il est injuste d'accorder au moyen de cette hypothèque un droit de préférence. Le grand principe de l'égalité entre créanciers est sapé à sa base. La faveur ou le hasard donne à un créancier sur les autres une place privilégiée.

Mais, d'un autre côté, il faut aussi faire respecter les conventions et les jugements.

Le meilleur procédé sera donc celui qui, tout en maintenant l'égalité entre les créanciers, constituerait une sanction énergique à l'exécution des jugements.

Plusieurs Cours ou Facultés ont réclamé pour la France, dans l'enquête de 1841, le système des prénotations, usité en Bavière, à Genève et dans d'autres pays.

Dans le système allemand, nul n'est considéré comme propriétaire d'un immeuble ou comme ayant un droit immobilier, si son titre n'a été, après vérification faite par les magistrats compétents, inscrit sur les registres publics. Si des contestations s'élèvent entre plusieurs personnes, réclamant le bénéfice d'une inscription, les

tribunaux sont compétents pour apprécier leurs réclamations. Mais, pour que des droits sérieux et non-contestés ne puissent périlcliter pendant le cours des débats, il est permis de faire inscrire la réclamation elle-même sous le nom de prénotation ou protestation, en sorte que le demandeur qui est victorieux dans le procès prend son rang, par une sorte de rétroactivité à la date de sa prénotation.

En somme le demandeur peut prendre dès le début du procès une inscription qui sera la date de l'hypothèque judiciaire, s'il gagne son procès, qui sera nulle, s'il le perd. C'est une sorte d'inscription conditionnelle. Il faut se mettre en garde contre les fraudes des débiteurs et, si l'on conserve l'hypothèque judiciaire, l'accorder dans toute sa plénitude et avec toute son efficacité aux plaideurs.

Le demandeur victorieux ferait porter son inscription d'hypothèque sur le registre des inscriptions à la date de sa prénotation. On pourrait aussi comme pour les jugements par défaut ou provisoires, autoriser le demandeur à prendre, dès le début de l'instance, une inscription d'hypothèque. Le jugement, qui lui serait favorable, maintiendrait l'inscription ; celui qui rejetterait la demande ordonnerait la radiation de l'inscription ; celui qui confirmerait pour partie ordonnerait une radiation partielle.

Pour prendre une prénotation, il suffirait d'un exploit d'ajournement certifié par l'huissier. Quant à la valeur de l'inscription, la demande, si elle est certaine, permettrait d'établir d'une manière exacte sa valeur. Si la demande est indéterminée ou que le défendeur trouve

trop élevé son montant, il pourra la soumettre de suite à un juge-commissaire qui aura le pouvoir de l'abaisser.

Mais quel avantage ce système de prénotation offre-t-il sur l'hypothèque judiciaire ? Le droit de préférence existe ici aussi avec plus de garanties encore pour le créancier poursuivant. M. de la Grasserie propose un système de prénotation qui n'offre pas ces inconvénients. Un droit quelconque étant contesté, quoi qu'il soit préexistant à la contestation, il est comme s'il n'existait pas. Pendant toute la durée de la contestation, le contestant pourra à mon préjudice consentir ou laisser inscrire des hypothèques, aliéner sa propriété, grever son budget de nouvelles dettes et lorsque le jugement sera rendu et que je voudrai le faire exécuter son exécution sera devenue impossible ou mon débiteur sera devenu insolvable. Si, le jour même de ma demande, le tribunal avait prononcé sa sentence si la contestation avait été tranchée immédiatement, fort de la décision rendue, j'aurais pu faire valoir mon droit contre mon débiteur. Ce résultat obtenu par la transcription du jugement, je puis l'obtenir le jour même de ma demande : il me suffira pour cela de faire inscrire ma demande en justice. Cette inscription anticipée est provisoire, elle est attachée au sort de la sentence. Si je gagne mon procès, elle subsiste et a plein effet du jour même où elle a été faite ; si je perds, elle disparaît complètement. Cette inscription, nous l'avons vu, s'appelle prénotation.

Elle ne peut jamais être refusée au demandeur. En somme elle a pour but d'attacher au jugement un effet rétr. actif au jour de la demande. Elle doit s'appliquer

à l'extinction et à la résolution d'un droit comme à sa création. Elle fonctionne déjà dans notre Code au titre des donations. La révocation pour cause d'ingratitude ne préjudicie, ni aux aliénations faites par le donataire, ni aux hypothèques et autres charges réelles qu'il aura pu imposer sur l'objet de la donation, pourvu que tout soit antérieur à l'inscription qui aurait été faite de l'extrait de la demande en révocation, en marge de la transcription prescrite par l'article 939 (article 958). La sentence de révocation a donc ici, comme au cas de prénotation, un effet rétroactif au jour de l'inscription de la demande.

Le droit est inscrit tel qu'il est. On ne voit guère jusqu'ici l'avantage qui en résulte. Nous arrivons à la prénotation analogique.

Quand une créance est reconnue en justice, il ne reste plus qu'à exécuter le débiteur. On l'exécute généralement au moyen de la saisie immobilière. Mais pendant le temps écoulé entre la prononciation de la sentence et la demande, le condamné peut diminuer son patrimoine et même le réduire à néant au préjudice du créancier, porteur du jugement. Un temps très long s'écoule entre le jugement et la saisie. Le débiteur a le temps de créer sur son patrimoine des droits qui seront opposables au saisissant. Pour lui épargner ce dommage, la loi lui accorde une saisie provisoire que ratifiera plus tard la saisie définitive, en un mot une *prénotation de saisie*. C'est l'hypothèque judiciaire.

Mais je ne puis obtenir une prénotation de saisie que lorsqu'un jugement a été rendu. Dans l'intervalle qui s'écoulera entre ma demande et le prononcé de la sen-

tence, le débiteur pourra me causer de graves préjudices. Si je pouvais obtenir une prénotation de jugement comme j'ai obtenu une prénotation de saisie, j'aurais obtenu, dès le jour de ma demande, une prénotation de saisie, j'aurais fait sur le patrimoine de mon défendeur une saisie privilégiée provisoire. C'est ce que j'obtiendrai par la prénotation improprement dite.

Le législateur exige souvent pour l'obtention de cette prénotation l'autorisation du juge. Il est logique que cette prénotation n'est juste que si l'hypothèque judiciaire est juste et qu'à son tour cette dernière n'est juste que si la saisie qu'elle prénote, doit emporter hypothèque au profit du saisissant. Si le saisissant ne doit pas être privilégié, tout l'échafaudage croule par sa base.

Or ce privilège accordé au saisissant n'est pas juste. La simple diligence ne peut accorder un droit de préférence. Les effets de la saisie ne se produisent qu'entre le débiteur et le créancier; ils ne s'appliquent aucunement au tiers. Mais il n'en est pas de même de la transcription de saisie. Des délais ont été imposés au saisissant pour sauvegarder les intérêts du saisi et des autres créanciers; il est juste que le saisissant, irresponsable de ces délais, en souffre le moins possible. Il doit être placé au jour de la saisie dans le même état que si la vente bien plus que si la distribution avait lieu immédiatement.

Or si la distribution se faisait de suite, qu'arriverait-il? La liste des créanciers serait irrévocablement close, le débiteur ne pourrait plus vendre, on ne pourrait plus hypothéquer l'immeuble, en un mot, comme le

dit M. de la Grasserie, sa situation serait *cristallisée* à l'instant.

On peut arriver à ce résultat juste dès le jour de la transcription de saisie. Cette transcription sera une *prénotation* de la vente ultérieure et par conséquent il sera interdit désormais au débiteur de vendre son immeuble ; cette transcription sera une *prénotation de la distribution et de l'ordre*, désormais donc le débiteur ne pourra plus hypothéquer ni obérer sa situation par des engagements envers des créanciers chirographaires (1).

Le créancier est ainsi garanti contre le concours des créanciers postérieurs, mais il sera obligé de supporter le concours des créanciers contemporains. Bien plus, il sera censé avoir fait pour eux une gestion d'affaires, travaillant pour lui, il aura travaillé pour les autres. Il a divisé pour ainsi dire le patrimoine en deux parties : la partie saisie, gage de tous les créanciers antérieurs à la prénotation où le concours est définitivement fermé et la partie non-saisie où le concours reste ouvert.

Nous sommes bien loin ici de l'hypothèque judiciaire et de ses inconvénients. Plus de généralité et surtout plus de droit de préférence odieux aussi illogique qu'injuste.

Mais depuis le jour du jugement jusqu'à la transcription de la saisie, il s'écoule un délai dangereux pour les créanciers. On pourrait facilement conjurer ce danger,

(1) Notre loi de 1841 permet déjà ce résultat : à partir de la transcription de saisie, le débiteur ne peut plus vendre, mais il peut toujours hypothéquer !

en accordant provisoirement à l'inscription du jugement sur tel immeuble, le même effet qu'à la transcription de saisie.

Du jour de la demande au jour du jugement, les créanciers seront sauvegardés, si l'on attribue provisoirement à l'inscription de la demande le même effet qu'à la transcription du jugement.

Voilà la véritable hypothèque judiciaire, la seule rationnelle, la seule juste, qui ne préjudicie en rien aux droits des créanciers concomittants et assure efficacement l'exécution des jugements. La prénotation ferme le concours. Seuls y prennent part les créanciers antérieurs. Quant à ceux qui lui sont postérieurs, ils n'acquerront aucun droit sur la partie du patrimoine saisie provisoirement. Ils ne pourront invoquer leur bonne foi et se plaindre d'être lésés, car ils seront avertis de cette situation par la publicité, dès avant la naissance de leurs créances.

Un débiteur a trois créanciers. Il doit au premier 60,000 francs, et à chacun des deux autres 30.000. Son patrimoine a une valeur de 60,000 francs. Le passif étant de 120,000 et l'actif de 60,000, chacun des créanciers ne peut raisonnablement espérer être désintéressé de sa créance que pour moitié. Les articles 2092 et 2093 assurent aux créanciers l'égalité dans les partages, quand il n'y a pas de cause légitime de préférence. Nous supposons dans notre hypothèse que les trois créanciers sont chirographaires.

Sous le domaine de notre hypothèque judiciaire actuelle, voyons ce qui va se passer au cours d'une poursuite exercée par l'un des créanciers. Le porteur de

l'obligation de 60 000 francs arrivée à échéance, poursuit le débiteur qui ne paie pas. Il obtient un jugement de condamnation et une hypothèque judiciaire vient en sa faveur grever le patrimoine de ce débiteur pour 60.000 fr.. La vente produit une somme égale au montant de la créance. Le créancier poursuivant sera préféré sur le prix aux deux autres créanciers : il sera payé intégralement. Les deux autres n'auront rien. S'ils avaient devancé le premier dans ses poursuites et si, obtenant un jugement de condamnation le même jour, ils l'eussent fait inscrire le même jour, ils eussent été complètement désintéressés et le premier n'aurait pas été payé. Voilà le résultat de l'hypothèque judiciaire, prix de la course accordé au plus favorisé par le hasard ou les relations, classement des créanciers aussi arbitraire qu'illogique.

Si nous envisagions la même hypothèse dans notre système de prénotation, nous constaterions facilement combien disparaissent tous les reproches que nous venons d'adresser à l'hypothèque judiciaire. Plus de droit de préférence, plus de classement arbitraire, respect absolu de la grande règle de l'égalité entre créanciers et sanction rigoureuse de l'exécution des jugements, voilà ce que présente à nos yeux le système de prénotation.

Comme tout à l'heure le créancier de 60,000 francs poursuit son débiteur qui ne paye pas à l'échéance. Il a le droit de faire inscrire sa demande en justice aussitôt qu'elle sera formulée devant le tribunal. Si le débiteur est condamné à payer sa dette, la condamnation aura un effet rétroactif en vertu de la prénotation

au jour même de l'inscription de la demande; tous les actes faits par le débiteur depuis l'inscription de la demande jusqu'au jour de la saisie faite en vertu du jugement et qui immobilisera définitivement le patrimoine, sont annulés s'ils préjudicient aux droits du créancier. La prénotation permet de considérer la saisie réelle comme faite le jour même de l'inscription de la demande. La situation du débiteur est cristallisée ce jour-là; il ne peut plus aliéner, ni hypothéquer, ni s'obérer de nouvelles dettes, il ne peut plus en un mot empirer la situation de ses créanciers. Voilà bien la meilleure garantie de l'exécution du jugement: main mise sur tout le patrimoine le jour même de la demande.

Les 60,000 francs qui composent la fortune du débiteur deviennent donc le gage assuré de tous les créanciers. Car, dans notre système de prénotation, ce n'est pas seulement le créancier poursuivant et porteur du jugement qui obtient une hypothèque judiciaire sur le patrimoine de son débiteur, ou plutôt l'hypothèque judiciaire résultant du jugement ne profite pas uniquement au porteur à l'exclusion des autres créanciers; elle garantit le paiement de toutes les créances antérieures à la prénotation du jugement. Le jour même de l'inscription de la demande le concours est fermé. Tous les créanciers viennent se faire payer en concurrence sur les biens du débiteur, chacun au prorata de sa créance.

Dans notre hypothèse, le passif ne représentant que la moitié de l'actif, chaque créancier supportera une perte de moitié sur sa créance. Le créancier de 60.000 fr.

aura 30.000 et chacun des deux autres 15.000.

Voilà bien l'égalité respectée dans le partage ; tous les droits des créanciers sont sauvegardés, chacun se trouve dans la même situation que si un mandataire avait été constitué au nom de la masse créancière pour agir au mieux de ses intérêts.

L'inscription de la saisie prénotera l'effet de la vente et de la distribution ; l'inscription du jugement prénotera l'inscription de la saisie ; l'inscription de la demande prénotera l'inscription du jugement.

Personne ne peut se plaindre. Seul peut-être le débiteur peut s'insurger contre un système qui entrave ainsi sa liberté d'action et jette l'interdit sur son patrimoine, avant même qu'il ait été condamné. Mais ses plaintes sont-elles justes ? S'il n'est pas condamné, la prénotation tombera d'elle-même. S'il est condamné, elle aura produit le même effet que le jugement lui-même.

L'hypothèque judiciaire était surtout dirigée contre les débiteurs de mauvaise foi, qui, entre le jour de la condamnation et le jour de l'exécution auraient pu aliéner ou hypothéquer méchamment leurs biens après la sentence et diminuer ainsi le gage de leurs créanciers. Ce qu'on craignait qu'ils fissent après la sentence, ils pouvaient le faire avant, depuis le jour de la demande. Le danger n'était pas moindre pour les créanciers. C'est pour les en prémunir que fonctionnait le système des prénotations.

En 1841 en France, on a décidé qu'à partir de la transcription de saisie, les aliénations consenties par le saisi seraient nulles à l'égard du saisissant et à l'égard des

créanciers ayant une hypothèque inscrite sur l'immeuble. On a ainsi établi très justement l'impossibilité d'aliéner, mais on a laissé malheureusement entière la liberté d'hypothéquer. Sans doute nous avons dans notre Code l'article 2124, qui déclare que les hypothèques ne peuvent être consenties que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les immeubles qu'ils y soumettent. Il subordonne par conséquent le pouvoir d'hypothéquer à celui d'aliéner. Le législateur de 1841 a défendu d'aliéner après la transcription de saisie, il n'a pas parlé de la faculté d'hypothéquer, mais elle est implicitement comprise dans celle d'aliéner, et sujette comme elle à la même interdiction. Le débiteur ne pourra plus aliéner, donc, il ne pourra plus hypothéquer. Oui, nous répond-on, c'est vrai, mais il résulte de la discussion de la loi de 1841, qu'en supprimant la possibilité d'aliéner l'immeuble saisi ou frappé d'une prénotation de saisie, on n'a pas entendu interdire l'hypothèque au saisi.

Notre législateur ne protège pas assez efficacement le créancier saisissant. Il devrait spécifier qu'à partir de la transcription de la saisie, le débiteur ne pourrait plus hypothéquer. Si cette extension de l'interdiction d'aliéner était faite à l'hypothèque, nous n'hésiterions pas à nous montrer favorable à ce système de prénotations.



CHAPITRE III

Système de M. Challamel

M. Challamel, chargé par la Sous-Commission de la Commission extra-parlementaire du Cadastre de rédiger un rapport et un avant-projet de loi, réclame l'abrogation de l'hypothèque judiciaire et son remplacement par une *inscription de commandement*.

Le fondement du droit en matière contractuelle est le consentement des parties. Le rôle des tribunaux doit consister uniquement à reconnaître la convention et en assurer l'exécution de la manière et dans la mesure où elle a été arrêtée entre le débiteur et le créancier. Le lien de droit qui s'est formé entre les deux parties, ne confère au créancier, comme à tous les créanciers chirographaires, qu'un droit de gage général et imparfait sur tout le patrimoine mobilier et immobilier du débiteur (art. 2093). Si le prix de la vente ne suffit pas à désintéresser, on paie intégralement toutes les créances garanties par une cause légitime de préférence, puis tous les autres créanciers chirographaires viennent ensemble se faire payer chacun au prorata de sa

créance. « Tel est, dit M. Challamel, le principe essentiellement équitable de la contribution. »

S'il en est ainsi entre créanciers chirographaires, il doit en être de même entre créanciers porteurs d'obligations constatées par acte notarié. L'obligation passée par acte sous seing privé est la même que l'obligation notariée non accompagnée d'une hypothèque conventionnelle et les jugements qui consacrent leur existence ou leur validité ne peuvent changer les rapports de droit qui préexistaient.

Quelques-uns réclament cependant pour le saisissant un droit de préférence et s'appuient sur les anciennes coutumes (1). Mais on fait ici une analogie plus ou moins juste entre l'exécution sur les immeubles et l'exécution sur les meubles. D'ailleurs dans notre ancien droit le privilège du premier saisissant disparaissait au cas de déconfiture du débiteur.

Le législateur doit fixer des délais utiles et déclarer déchus de leurs droits tous les créanciers, qui n'auront pas, dans le temps prescrit, manifesté leur droit. C'est là le véritable sens de la maxime « *jura vigilantibus prosunt* » qui veut dire qu'il ne suffit pas d'avoir un droit mais qu'il faut le faire valoir. Les créanciers diligents invoqueront contre les créanciers, qui auront négligé de se servir des délais pour revendiquer leurs droits, les déchéances qu'ils auront encourues.

(1) Coutume de Paris (de 1580), Art. 178. Le créancier qui fait premier arrêter et saisir valablement ou prendre par exécution aucuns meubles appartenant à son débiteur doit être le premier payé. — Art. 179. Toutefois en cas de déconfiture chaque créancier vient à contribution au sol la livre sur les biens meubles du débiteur, et n'y a point de préférence ou prérogative pour quelque cause que ce soit, encore qu'aucun des créanciers eut fait le premier saisir.

Sans doute il peut paraître étrangement dur de subordonner l'efficacité d'un droit à sa manifestation dans un délai imparti. Mais l'ordre public est ici intéressé. L'intérêt général de la masse créancière veut que l'on connaisse exactement la situation du débiteur et qu'une date fixée ferme le concours à tous les créanciers qui n'auront pas réclamé avant cette date. Il faut cependant s'efforcer de prolonger ces délais le plus possible, pour ne pas exposer les créanciers intéressés à de véritables surprises.

Tous les créanciers, qui ne sont pas protégés d'une façon spéciale par la loi ou par la convention doivent être de la part du législateur l'objet des mêmes sollicitudes. La règle *prior tempore potior jure* ne s'applique plus aux actes notariés. Il ne faut pas la faire revivre au profit des obligations sanctionnées par un jugement. Il ne faut pas attacher à la sentence un effet arbitraire, qui transforme un simple créancier chirographaire en créancier privilégié et lui accorde sur tous ses co-créanciers un droit de préférence injustifiable.

Les obligations reconnues en justice et les obligations constatées par cet acte notarié sont mises sur un pied d'égalité. Dans notre ancien droit, les obligations notariées d'abord, puis à leur exemple, les obligations reconnues en justice emportaient hypothèque. Dans notre droit actuel, il faut rétablir l'harmonie entre ces deux grandes classes de titres exécutoires et, puisqu'on a enlevé l'hypothèque aux actes notariés, l'enlever aussi aux obligations reconnues en justice.

Il faut cependant conserver de l'hypothèque judiciaire le grand avantage de l'indisponibilité dont elle frappait

le patrimoine du condamné. Cette idée de l'indisponibilité de l'immeuble au profit de la masse créancière, nous la trouvons dans l'article 686 du code de procédure civile, qui déclare que la transcription de saisie empêche toute aliénation postérieure de l'immeuble. On peut l'étendre à l'hypothèque et priver le débiteur du droit d'hypothéquer son immeuble à partir de la transcription de saisie.

Il faudra signifier le titre, faire un commandement immobilier, saisir, dénoncer la saisie et la transcrire ; ces différentes étapes demanderont des délais assez considérables pour être parcourus. Pendant ce temps, le débiteur peut diminuer son patrimoine et même l'anéantir. Pourquoi n'accorderait-on pas au créancier le droit d'indisponibiliser l'immeuble dès le jour du commandement ?

Le décret du 28 février 1852 sur les sociétés de crédit foncier leur reconnaît ce droit. Art. 34 : « A compter du jour de la transcription du commandement, le débiteur ne peut aliéner au préjudice de la société les immeubles hypothéqués ni les grever d'aucuns droits réels. » Cette disposition, fait remarquer M. Josseau (1) édictée dans l'intérêt du crédit foncier, profite à tous les créanciers hypothécaires. Telle est aussi la disposition adoptée par la Belgique dans la loi du 15 août 1854 sur l'expropriation forcée.

M. Challamel propose d'imiter ces deux lois et de remplacer l'hypothèque judiciaire abrogée par une inscription du commandement qui rendrait l'immeuble

(1) Traité du Crédit Foncier, 3^{me} édition, t. I, p. 570.

tout entier indisponible et garantirait ainsi non seulement le créancier poursuivant, mais encore tous les créanciers, chacun selon l'étendue de ses droits.

L'acte notarié, étant comme le jugement revêtu de la formule exécutoire, et constituant comme lui, un titre suffisant pour la saisie, il est logique que le commandement fait en vertu de l'acte notarié produise le même effet que le commandement fait en vertu d'un jugement, pourvu que la créance soit liquide et exigible. L'indisponibilité serait attachée comme effet au commandement fait en vertu d'un acte notarié.

L'inscription du commandement sera soumise de la façon la plus rigoureuse à la règle de la spécialité. Désignation précise des immeubles que l'on veut frapper devra être faite, sous peine de nullité, dans le commandement à fin de saisie immobilière.

Voici le nouvel article que M. Challamel propose de substituer à l'ancien 2123 :

« Tout créancier dont la créance est exigible et dont le titre est exécutoire dans les termes des articles 2123 et 2215 du Code civil et 551 du Code de procédure civile, peut requérir aux bureaux des hypothèques l'inscription du commandement qu'il a fait signifier à son débiteur. »

D'après ce premier paragraphe, il faut et il suffit pour obtenir inscription du commandement d'avoir une obligation constatée dans un acte notarié ou formellement reconnue par un jugement. La dette doit être certaine et liquide et le titre authentique et exécutoire pour obtenir la vente forcée des immeubles (1).

(1) Art. 2213, Code civil.

La poursuite peut avoir lieu en vertu d'un jugement provisoire ou définitif, exécutoire par provision nonobstant appel ; mais l'adjudication ne peut se faire qu'après un jugement définitif en dernier ressort ou passé en état de force jugée. Mais on ne peut poursuivre, en vertu de jugements par défaut, pendant les délais d'opposition. (1)

« L'effet de cette inscription est limité aux immeubles spécialement désignés dans le commandement et situés dans le ressort des bureaux où elle est requise. Il subsiste pendant un délai de deux ans à partir du commandement, nonobstant la péremption qui atteindrait ce dernier en vertu de l'article 674 du Code de Procédure Civile ».

La législation belge a limité à un mois (art. 15) l'effet de l'inscription du commandement. Le créancier poursuivant, confiant en l'efficacité de la mesure qu'il a prise peut être tenté d'en rester là, sans se préoccuper des conséquences. C'est chose grave cependant que l'indisponibilité et l'intérêt général demande à ce qu'elle dure le moins possible. De son côté, le débiteur appelle à grands cris la fin de ces poursuites qui révèlent à tous la gêne de sa situation. On avait pensé à accorder un délai de six mois, mais la Commission substitua un délai de rigueur de deux ans. Il faut donc, sous peine de péremption de l'inscription du commandement, que l'expropriation soit poursuivie dans les deux ans à partir de la date de l'inscription.

Ce délai est suffisant pour que les créanciers ou le débiteur lui-même trouvent un moment favorable à la

1) Art. 2215. Code civil.

vente de l'immeuble. Le délai belge d'un mois peut présenter de graves inconvénients surtout aux époques de crise immobilière. La vente se fait alors forcément dans des conditions déplorables pour le créancier comme pour le débiteur. Ils sont cependant intéressés l'un et l'autre à ce que le prix soit le plus élevé possible. Aussi, dans ce but il serait préférable d'autoriser le débiteur à procéder lui-même à la vente de son immeuble aux enchères publiques. Lorsqu'un immeuble aura été saisi réellement et que la saisie aura été transcrite, il sera libre aux intéressés, s'ils sont tous majeurs et maîtres de leurs droits, de demander que l'adjudication soit faite aux enchères devant notaire ou en justice, en observant uniquement les formalités exigées par la loi pour la vente de biens appartenant à des mineurs. Le débiteur appellera à la vente tous les créanciers poursuivants.

Quand la vente est provoquée par le débiteur lui-même, on pourrait se demander de quelle utilité est la fixation d'un délai. Il arrive que le débiteur qui s'acquitte de son obligation néglige de demander main-levée des inscriptions qui la garantissaient, ou se laisse arrêter par des frais énormes que nécessite la radiation. Il en sera vraisemblablement de même d'un grand nombre d'inscriptions de commandement, qui n'auront plus de raison d'être après l'extinction de la créance qu'elles garantissaient. Le débiteur aurait pu ne pas en demander la radiation. Il était donc normal qu'à l'expiration d'un délai de deux ans à partir de l'inscription du commandement, les inscriptions seraient périmées de plein droit.

Plusieurs législations étrangères autorisent le créancier qui ne veut pas procéder de suite à la vente aux enchères à prendre sur l'immeuble une inscription d'hypothèque forcée (*Zwangshypothek*). Cette voie d'exécution ressemble à la *pignoris capio* du droit romain, mais elle introduit dans la contribution un droit de préférence et rétablit par conséquent l'inégalité entre créanciers qu'on reproche à l'hypothèque judiciaire.

Dans la séance du 3 novembre 1892, la sous-commission juridique examina l'avant-projet de M. Challamel.

A une objection de M. Coste, reprochant au système de ruiner le crédit du débiteur, parce que les créanciers inscrits craindraient de voir arriver en concours avec eux sur le prix de l'immeuble des créanciers chirographaires inconnus, M. Challamel réplique, en faisant observer que l'inscription du commandement n'est pas un fait occulte. On ne peut faire de commandement que lorsqu'on a un acte notarié ou un jugement.

L'inscription de l'hypothèque judiciaire avait pour effet de faire prévaloir le droit d'un créancier premier saisissant sur les droits des autres créanciers, ses égaux. L'inscription du commandement au contraire établit le principe d'égalité entre tous les créanciers ; seuls passeront les premiers ceux qui ont une hypothèque ou un privilège inscrit ; mais tous les autres viendront également à contribution sur le prix de l'immeuble.

Ce système offre l'avantage appréciable de fortifier la chose jugée, tout en respectant l'égalité entre les créanciers. Le débiteur ne pourra se soustraire à l'exécution de la sentence. Ses immeubles, sur lesquels le

commandement aura été inscrit seront devenus indisponibles. Il ne pourra plus, au cas d'insolvabilité, les aliéner à un tiers de bonne foi et priver ainsi ses créanciers d'un gage qui leur était réservé. Les immeubles seront vendus et le prix sera partagé par contribution et au marc le franc entre tous les créanciers poursuivants ou non, après l'acquittement des créanciers privilégiés et hypothécaires antérieurs inscrits.

M. Faye réclame un délai de huit jours entre le commandement et son inscription. En matière de meubles, le délai entre le commandement et l'exécution est réduit à un jour, car le créancier est exposé à perdre son gage. En matière immobilière le délai est d'un mois. Le danger est moins grand. Le débiteur sait que le créancier va l'exécuter, s'il ne paye pas; il faut donc lui laisser le temps d'examiner si le commandement est régulier. Le débiteur peut avoir payé. Si le commandement est fait pour les intérêts, on va devant le juge des référés. Dans le projet Challamel l'huissier, après avoir fait commandement, peut aller de suite au Bureau de conservation du Crédit Foncier et requérir une inscription immédiate. Cette réclamation me semble très juste et n'apporte aucune difficulté d'application.

Mais n'exagère-t-on pas la protection accordée au créancier, en interdisant au débiteur d'une façon absolue l'aliénation ? Cette interdiction n'existe même pas en notre Code en matière de saisie immobilière. Il faut trente jours écoulé depuis le commandement pour pratiquer la saisie. Notification du procès-verbal est faite au débiteur et transcription en est opérée. Ce n'est

qu'à partir de la transcription que l'immeuble devient indisponible. Cette indisponibilité se comprend en matière de saisie immobilière où les immeubles se trouvent entre les mains de la justice et prêts à être vendus par elle. Mais dans le système Challamel on exerce sur le débiteur un véritable chantage. « Payez, lui dit son créancier, ou je vous interdis de vendre votre immeuble. »

Ne vaudrait-il pas mieux accorder au créancier qui a inscrit son commandement un droit de suite sur l'immeuble de son débiteur comme un créancier hypothécaire. En cas de vente son inscription vaudrait comme saisie-arrêt sur le prix de l'immeuble, et, quand l'acquéreur voudrait purger, il serait obligé de faire des notifications au créancier qui a inscrit son commandement comme aux créanciers qui ont inscrit leur privilège ou leur hypothèque. Les hypothèques consenties par un débiteur ne pourront nuire au créancier qui aura fait inscrire son commandement.

Un créancier fait inscrire son commandement sur un immeuble de son débiteur jusqu'à concurrence de 30.000 francs. Ce débiteur consent une hypothèque sur cet immeuble pour une somme de 30.000 francs. L'immeuble se trouve donc grevé de deux inscriptions, l'une de commandement l'autre d'hypothèque, pour une somme totale de 60.000 francs,

Il est vendu 60.000 francs. Mais à la distribution du prix se présentent des créanciers chirographaires pour une somme de 60.000 francs.

Dans le système Challamel nous savons que ces créan-

ciers ont des droits égaux à ceux des créanciers inscrits. L'inscription du commandement sauvegarde les droits de tous les créanciers, qu'ils aient poursuivi ou non.

Le créancier hypothécaire aura une somme de 30.000 francs et les créanciers chirographaires une somme égale de 30.000 francs à partager entre eux, soit 10.000 aux inscrits et 20.000 aux non-inscrits.

Mais celui qui a fait inscrire son commandement peut dire au créancier hypothécaire : Si vous n'étiez que chirographaire, il y aurait 120.000 francs de créances chirographaires et 60.000 francs pour les payer, c'est-à-dire 50 %. Au lieu d'avoir 10.000 francs, j'aurais 15.000. Je prélèverai sur votre part comme créancier chirographaire une somme de 5.000 francs.

Ce système permet de respecter à la fois le droit de disposer de son immeuble pour la part non frappée par l'inscription du commandement et les intérêts de tous les autres créanciers chirographaires, qui viennent en concurrence avec les créanciers inscrits.

M. Challamel ne veut pas cependant l'accepter car il ne peut admettre que le débiteur, après l'inscription du commandement, puisse constituer des hypothèques, qui ne seront opposables qu'aux créanciers non-poursuivants.

La sous-commission vote sur la proposition de M. Massigli, l'abrogation de l'hypothèque judiciaire ; elle adopte ensuite les deux premiers paragraphes de l'avant-projet de M. Challamel, relatifs à l'inscription du commandement et à la durée de sa validité.

Deux systèmes se sont trouvés en présence : l'un défendu par M. Challamel, qui pense que lorsqu'un

débiteur ne s'exécute pas sur le commandement qu'il a reçu et qui suppose un titre exécutoire, le mieux dans son intérêt est de procéder le plus tôt possible à la liquidation de sa situation ; l'autre préconisé par la majorité de la commission préfère accorder des délais que d'exécuter de suite.

Ces deux opinions se sont accordées de suite sur le terrain de l'aliénation. M. Challamel avait ainsi rédigé son paragraphe relatif aux aliénations : « A partir de l'inscription, le débiteur ne peut consentir d'hypothèque ou autres droits réels sur les immeubles qui en sont frappés ; il ne peut non plus les aliéner, si ce n'est aux enchères publiques, dans la forme indiquée à l'article 473 du Code de Procédure civile et à la condition d'appeler à la vente tous les créanciers qui ont inscrit leur commandement. Les aliénations amiables et les constitutions d'hypothèque ou autres droits réels sont néanmoins valables, s'il n'y a main-levée de toutes les inscriptions de commandement prises sur l'immeuble. »

L'accord se fit au point de vue des aliénations ; on ne les interdit plus, mais on accorde au créancier qui a inscrit son commandement un droit de suite sur l'immeuble qui en est frappé. C'est en quelque sorte à son profit une saisie-arrêt sur le prix de la vente aux enchères. Le débiteur doit remplir à son égard les formalités exigées vis-à-vis des créanciers hypothécaires ou privilégiés inscrits au cas de purge.

Voici le nouveau texte de la sous-commission :

L'inscription du commandement ne met pas obstacle aux aliénations que pourrait consentir le débiteur ; mais le créancier aura à l'égard de tout acquéreur inscrit

postérieurement le droit de surenchère (autrement dit le droit de suite) si l'acquéreur veut faire savoir son aliénation et purger, il devra remplir les formalités de la purge vis-a-vis des créanciers qui ont inscrit leur commandement.

« Ce droit ne peut être exercé si l'aliénation a eu lieu par adjudication publique, soit en justice, soit devant notaire, soit que le créancier y ait été appelé ».

Ces formalités vaudront purge. Le droit de suite ne subsiste donc dans son intégrité que si la vente a eu lieu à l'amiable.

L'accord malheureusement ne put se faire au sujet de la faculté d'hypothèque. Fallait-il décider qu'à partir de l'inscription du commandement, aucune hypothèque ne peut être inscrite avec un effet quelconque et aux regards de qui que ce soit sur l'immeuble sur lequel est prise l'inscription de commandement ! C'était l'opinion de M. Challamel, qui l'avait formulée dans cet article ;

« Aucune inscription d'hypothèque conventionnelle ne peut avoir d'effet, que s'il est obtenu main-levée de toutes les inscriptions de commandement prises sur l'immeuble ».

C'était en somme dessaisir le débiteur d'une partie de ses immeubles, organiser une sorte de déconfiture limitée à un ou plusieurs immeubles. C'était surtout rendre la saisie inévitable. Il est vrai que M. Challamel trouve qu'il y a plus d'intérêt pour le débiteur à arriver à la liquidation la plus prompte possible, au lieu de se laisser écraser par le poids d'intérêts, qui dépassent la plu-

part du temps le produit de l'immeuble grevé d'hypothèques. L'intérêt majeur du débiteur est que l'exécution ne tarde pas.

La sous-commission n'a pas admis cette opinion. Craignant au contraire la liquidation immédiate, surtout lorsque l'embarras n'est que momentané, et voulant ménager des délais au débiteur, elle a limité l'interdiction d'hypothéquer. Seul ne pourra souffrir des hypothèques consenties par le débiteur le créancier qui a inscrit son commandement. Elles seront opposables à tous autres créanciers. C'est la disposition que nous trouvons dans le paragraphe 4, proposé par la sous-commission :

« A partir de l'inscription du commandement, aucune hypothèque ne peut être inscrite au préjudice du créancier sur les immeubles qui en sont frappés. » M. Challamel combattit vivement l'adoption de ce paragraphe ainsi conçu. L'adopter, c'était reconnaître un droit de préférence au profit des créanciers chirographaire inscrits à l'encontre des autres créanciers chirographaires non-inscrits.

L'hypothèque inscrite entre le jour de l'inscription du commandement et le jour de l'ouverture de la contribution, serait opposable aux derniers, mais n'aurait aucun effet à l'égard des premiers. Le créancier qui obtient un jugement doit rester à tout prix un créancier chirographaire. Lui accorder le moindre avantage, c'est rétablir à son profit cette préférence tant reprochée à l'hypothèque judiciaire et dont elle consommera la ruine.

L'accord n'ayant pu se faire, la sous-commission abandonna les paragraphes du nouvel article 2123 qu'elle avait déjà votés et adopta la proposition de M. Bonjean supprimant radicalement l'hypothèque judiciaire.

Il est profondément regrettable que la sous-commission n'ait pu trouver un terrain d'entente. Fallait-il, parce qu'on était arrêté par une difficulté de détail renoncer au projet déposé? L'exécution du jugement était assurée : le débiteur en effet ne pourrait nuire aux créanciers par ses aliénations. On ne pouvait l'autoriser à constituer des hypothèques non opposables aux créanciers inscrits seulement. C'était rétablir le droit de préférence au profit de ces derniers. Mais nous pensons qu'on aurait pu, sans interdire d'une façon absolue au débiteur le droit d'hypothéquer, ne déclarer valable l'hypothèque constituée qu'après paiement de tous les créanciers antérieurs. Les intérêts des créanciers étaient ainsi sauvegardés. Le crédit du débiteur n'était pas ébranlé.

En tous cas l'exécution aurait pu être retardée, puisque le créancier poursuivant avait par son inscription rendu indisponible l'immeuble frappé. Quant aux autres créanciers dont la créance naîtrait après l'inscription du commandement, ils ne pourraient se plaindre d'être écartés du concours et de n'être payés qu'après tous les autres. La publicité de l'inscription les avait avertis de la situation précaire du débiteur. Libre à eux de courir les chances d'un prêt et de se contenter d'une hypothèque opposable seulement aux créanciers postérieurs à l'inscription du commandement.

Voici le texte qui aurait pu être adopté : art. 2123 :
l'hypothèque judiciaire est abrogée.

Tout créancier dont la créance est exigible et dont le titre est exécutoire dans les termes des art. 2213 et 2215 du Code civil et 551 du Code de Procédure civile peut requérir au bureau des hypothèques l'inscription du commandement qu'il a fait signifier à son débiteur.

L'effet de cette inscription est limité aux immeubles spécialement désignés dans le commandement et situés dans le ressort des bureaux où elle est requise. Il subsiste pendant un délai de deux ans, à partir du commandement, nonobstant la péremption qui atteindrait ce dernier en vertu de l'article 674 du Code de Procédure civile.

L'inscription du commandement ne met pas obstacle aux aliénations que pourrait consentir le débiteur, mais le créancier aura à l'égard de tout acquéreur inscrit postérieurement le droit de surenchérir. Si l'acquéreur veut faire valoir son aliénation et purger, il devra remplir les formalités de la purge vis-à-vis des créanciers qui ont inscrit leur commandement.

Ce droit ne peut-être exercé, si l'aliénation a eu lieu par adjudication publique, soit en justice, soit devant notaire et que le créancier y ait été appelé. Ces formalités vaudront purge.

Les hypothèques consenties par le débiteur sur les immeubles frappés par l'inscription du commandement ne pourront nuire aux créanciers antérieurs à cette inscription.

Le prix de l'immeuble après l'acquittement des créanciers privilégiés et des créanciers hypothécaires anté-

rieurement inscrits est distribué entre tous les créanciers par voie de contribution »

En adoptant cet article, le Parlement fortifierait l'autorité de la chose jugée tout en conservant l'égalité entre les créanciers. C'est à cela, nous l'avons déjà dit, que doit tendre tout procédé destiné à remplacer l'hypothèque judiciaire.

Ce procédé est moins rigoureux pour le débiteur que le procédé des prénotations. Les créanciers voient leurs droits également protégés par les deux procédés. Mais, par la prénotation on cristallise la situation du débiteur, on jette l'interdit sur ses biens, on lui enlève la libre disposition des immeubles frappés par l'inscription de prénotation. Dans le procédé de M. Challamel, le débiteur peut disposer encore de ses biens par aliénation ou par hypothèque. Les créanciers sont protégés, car ils ont un droit de suite sur l'immeuble aliéné et l'hypothèque constituée par le débiteur ne peut aucunement leur nuire.



CHAPITRE IV

Suppression radicale de l'hypothèque judiciaire

Le ministre de la justice, conformément au vote émis par la commission du Cadastre, demanda purement et simplement aux Chambres, dans son projet de réforme hypothécaire, la suppression de l'hypothèque judiciaire. On ne mettrait rien à la place. L'initiative individuelle suffit pour protéger les individus contre les mille dangers qui les menacent. Le créancier, qui a obtenu un jugement, doit surveiller son débiteur, provoquer son exécution rapide s'il craint sa mauvaise foi et lui demander des intérêts, s'il veut attendre tranquillement. Il trouvera toujours en son activité personnelle une sauvegarde suffisante pour ses intérêts.

L'exemple de la Belgique, qui a supprimé radicalement l'hypothèque judiciaire, a inspiré en grande partie ce projet. La Belgique s'en est tenue à la suppression pure et simple et personne chez elle depuis n'a réclamé une autre institution.

Mais la situation n'est pas la même en France. Le législateur belge protège d'une façon efficace le créan-

cier qui a fait une saisie. Il ne saurait être question de réclamer pour le créancier premier saisissant le droit de préférence qui lui était accordé dans l'ancien droit. Mais on peut sans exagération demander au moins que le saisissant ne se voie pas opposer des droits de préférence acquis après la saisie et même après la transcription de saisie qui l'a révélée aux tiers.

Avant la réforme du Code de Procédure Civile, le saisissant n'était même pas garanti contre les aliénations du saisi. Même quand le saisissant avait une hypothèque, cette faculté d'aliéner lui causait préjudice. Il conservait sans doute son droit de suite sur l'immeuble aliéné, mais il lui fallait recommencer des poursuites contre un nouveau propriétaire qui est un tiers détenteur et qui veut purger.

La loi de 1841 décida qu'à partir de la transcription de saisie, les aliénations consenties par le saisi seraient nulles à l'égard du saisissant et à l'égard des créanciers ayant une hypothèque inscrite sur l'immeuble. Mais il résulte de la discussion même de cette loi que si l'on a interdit au saisi la faculté d'aliéner, on n'a pas voulu l'empêcher d'hypothéquer.

La protection accordée par notre législateur au saisissant est donc insuffisante. L'hypothèque judiciaire étant supprimée, comment fera-t-il exécuter le jugement qu'il aura détenu ? Ce jugement constitue pour lui un titre exécutoire, il saisira un immeuble appartenant à son débiteur et fera transcrire sa saisie. Qu'il importe l'accomplissement exact de ces formalités, puisqu'il pourra se voir primé à la contribution, par un créancier porteur d'une hypothèque conventionnelle

accordée dans l'intervalle de la transcription de saisie à la contribution et inscrite dans cet intervalle.

Que le législateur commence d'abord par réformer la procédure sur la saisie, qu'il enlève au débiteur la faculté d'hypothéquer, et nous verrons alors si nous pouvons admettre la suppression pure et simple de l'hypothèque judiciaire.



CHAPITRE V

Maintien de l'hypothèque judiciaire avec modifications

En Prusse, où l'hypothèque judiciaire n'existe pas, tout porteur d'un titre exécutoire, jugement ou acte notarié, au lieu de poursuivre la vente et se faire payer sur le produit, a le droit de prendre inscription d'hypothèque. C'est la loi qui lui accorde cette hypothèque. A droit de requérir à son profit inscription d'hypothèque quiconque peut poursuivre l'immeuble par voie de saisie. C'est en somme notre hypothèque judiciaire, mais spécialisée et accordée à tout titre exécutoire, aussi bien aux actes notariés qu'aux jugements.

Cette hypothèque, accordée par la loi prussienne, n'a pas comme la nôtre l'inconvénient de la généralité, mais comme la nôtre elle fait patienter le créancier, retarde l'exécution et peut sauver bien des débiteurs dont l'embarras n'était que momentané. Cette hypothèque prussienne a beaucoup de points de contact avec le *pignus ex causa judicati captum* du droit romain. Il y a toutefois une différence : dans le *pignus* c'est la saisie qui fait

naître l'hypothèque; dans le droit prussien l'hypothèque est un moyen de faire patienter le créancier, pour l'empêcher de poursuivre trop rapidement la vente. Ne pourrait-on pas chez nous reconnaître à tout créancier non payé à l'échéance et qui pourrait saisir, le droit de prendre une inscription hypothécaire sur les biens de son débiteur, s'il juge qu'il y a encore sur l'immeuble, après le paiement de tous les créanciers inscrits, assez de quoi lui offrir des garanties.

L'hypothèque judiciaire ainsi modifiée, spécialisée nécessairement par l'inscription, présenterait moins d'inconvénients que l'hypothèque judiciaire actuelle. Le droit de préférence tant reproché à l'hypothèque judiciaire n'existerait pas ici. Pourrait prendre inscription hypothécaire non seulement le créancier qui aurait obtenu un jugement, mais quiconque a un titre exécutoire et le droit de saisir. Assimilation logique et complète serait faite entre les actes notariés et les jugements.

Il subsiste un seul inconvénient : L'hypothèque judiciaire ainsi transformée, c'est la résurrection sous une autre forme d'un système en honneur dans notre ancien droit : la préférence accordée au premier saisissant « Le créancier qui fait premier arrêter et saisir valablement ou prendre par exécution aucuns meubles appartenant à son débiteur doit être le premier payé (1) ». Ce privilège du premier saisissant a été abrogé pour d'excellentes raisons. Ce n'est pas le moment où l'on prône tant et si justement le grand principe d'égalité entre les

(1) Art. 178. Coutume de Paris de 1580.

créanciers, pour accorder à celui d'entre eux qui a fait une saisie un droit de préférence.

On a souvent présenté comme une atténuation à la généralité de l'hypothèque judiciaire la spécialité dans l'inscription. Si cette spécialité a uniquement pour but de forcer le créancier à indiquer la nature et la spécialité de chaque immeuble, tout en laissant debout le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque, de telle façon que le créancier pourrait réclamer à l'un quelconque des immeubles sur lesquels il s'est inscrit le paiement de toute sa créance, nous nous demandons quel serait son avantage. Le créancier en retirerait beaucoup d'embarras et d'ennui. Quant aux tiers et au débiteur on cherche en vain de quelle utilité serait pour eux cette spécialisation.

Mais il y a une idée originale qui fut émise pour la première fois par M. Wolonski, dans les discussions de la commission, chargée d'examiner les résultats de l'enquête de 1841, et d'en tirer parti. Le créancier souffre aussi dans ce système de l'obligation de spécialiser, mais au moins le débiteur et les tiers en tirent de sérieux avantages.

M. Wolonski propose de forcer le créancier à s'inscrire sur chaque immeuble isolément et pour une somme par lui déterminée, de telle sorte que le total de toutes les sommes, représente le montant de la condamnation entière. S'il plaît au créancier d'inscrire son hypothèque sur tous les immeubles, il faut qu'il l'inscrive sur chacun pour une somme égale ou inégale, mais dont le total représente exactement le montant de la condamnation. Il peut au contraire, s'il le veut, concentrer sa

créance sur un seul immeuble ou le partager entre deux ou trois. C'est porter atteinte au principe de l'indivisibilité de l'hypothèque (*est tota in toto et tota in qualibet parte*) puisque chaque immeuble ne répond que de la portion de dette mise à sa charge par l'inscription. Mais ce principe n'est pas d'ordre public, il n'est même pas de l'essence de l'hypothèque.

Les tiers par cette spécialisation connaissent exactement la valeur des charges qui grèvent l'immeuble et ne craignent plus comme autrefois l'hypothèque générale. Les difficultés du concours des hypothèques spéciales avec les générales sont aplanies. Le débiteur lui-même ne voit plus chacun de ses immeubles frappé d'hypothèque pour une valeur égale au montant de la condamnation. Chacun d'eux n'est plus tenu que d'une somme relativement minime et si le créancier n'a pas divisé son hypothèque, s'il l'a établie sur un ou deux immeubles, ceux-là seuls sont grevés, tous les autres immeubles sont libres.

Le crédit du débiteur retrouve toute sa vigueur, les ordres sont simplifiés ; tous les créanciers chirographaires sont ainsi suffisamment protégés.

On a invoqué contre ce système des arguments favorables au créancier. Lui sera-t-il toujours facile de connaître tous les immeubles du débiteur ? Ses recherches sont facilitées par la loi du 23 mai 1855. D'ailleurs, même avec la généralité de l'inscription, actuellement le créancier est obligé de rechercher dans quels arrondissements sont situés les immeubles du débiteur. On invoque un accident qui pourrait détruire l'immeuble et réduire d'autant la garantie du créancier. Ce n'est qu'un

fait éventuel, exceptionnel. Du reste le créancier aura presque toujours placé sur chaque immeuble une fraction de créance inférieure à la valeur libre de cet immeuble. Il sera donc presque toujours indemnisé : ou, s'il perd, le préjudice ne sera pas grand. Les avantages que procure ce système au débiteur et aux tiers, font bien vite oublier les arguments invoqués en faveur de la commodité du créancier.

L'hypothèque judiciaire maintenue, la prénotation plus ou moins modifiée, la spécialité dans l'inscription suivant le système Wolonski entraînant la division de la créance, voilà bien des modifications heureuses, qui feraient admettre l'hypothèque judiciaire, si elle n'était pas condamnée dans son principe même, dans ce droit de préférence qu'elle accorde au premier créancier, qui inscrit l'hypothèque résultant du jugement.



CHAPITRE VI

Système des oppositions

En Belgique et en France, lors des discussions sur l'hypothèque judiciaire, on proposa pour la remplacer, un système d'*opposition immobilière*, c'est-à-dire le droit d'empêcher la constitution d'hypothèque, même sans arriver à une saisie.

La loi doit protéger les créanciers contre l'insolvabilité de leurs débiteurs, les protéger les uns contre les autres, en un mot protéger les tiers en général.

Pour sauvegarder les intérêts des créanciers, le législateur a pris deux mesures principales : la déchéance du terme, quand le débiteur fait faillite ou, d'après l'extension donnée à l'article 1188 du Code civil par les tribunaux, quand le débiteur tombe en déconfiture ou diminue par son fait les sûretés qu'il avait données dans le contrat à son créancier ; l'action révocatoire (art. 1167 du Code civil), qui permet aux créanciers d'attaquer les actes faits par leurs débiteurs en fraude de leurs droits.

Ces moyens de protection ne suffisent pas, car ils ne garantissent pas d'une façon absolue l'application du principe d'égalité de l'art. 2093 : « Les biens du débi-

teur sont le gage commun de ses créanciers et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence. »

Il serait à désirer qu'il fut possible à toute personne, ayant un droit de créance contre un insolvable, de s'assurer le bénéfice de cette disposition au moyen d'une formalité simple et peu coûteuse qui rendrait indisponible en quelque sorte le patrimoine.

Le créancier, porteur d'un jugement, aurait la faculté de former opposition sur le registre du conservateur. L'effet de cette opposition serait d'empêcher à partir de sa date toute constitution d'hypothèque au préjudice de l'opposant, sans toutefois procurer à ce dernier un droit de préférence sur les autres créanciers chirographaires.

Voyons d'abord l'opposition telle qu'on la proposa dans le système belge. Tout créancier, porteur d'un jugement, peut former opposition au bureau du conservateur des hypothèques sur un ou plusieurs immeubles de son débiteur. Cette opposition se réalisait au moyen d'une inscription sur présentation du jugement. A partir de la date de cette inscription, le créancier ne pouvait plus aliéner ni hypothéquer son immeuble au préjudice de ses créanciers. L'inscription profitait à tous les créanciers, même à ceux dont les créances naissaient après l'opposition. Le créancier poursuivant l'opposition était ainsi considéré comme le mandataire de tous les créanciers chirographaires. Mais l'expropriation devait avoir lieu dans l'année, sans quoi l'effet de l'opposition était réduit à néant.

Cette dernière disposition souleva beaucoup de cri-

tiques. On trouva à cette opposition trop de ressemblance avec le *pignus pretorium* des Romains. L'application de ce système eut été désastreuse pour le débiteur. Obligé d'exproprier dans l'année et exposé à voir sa fortune partagée entre tous ses créanciers, il eut vu rapidement son crédit. On reprochait aussi à l'opposant cette obligation de spécialiser l'inscription. L'opposant, exposé au concours de tous les créanciers chirographaires, se serait entièrement efforcé d'étendre le plus possible son inscription, pour s'assurer le paiement de tout ce qui lui était dû.

Pour ces motifs très justes, les Chambres Belges repoussèrent l'opposition immobilière.

Elle trouva en France un accueil plus favorable. A l'Assemblée de 1841, M. Arbey proposa l'amendement suivant :

« Tout créancier peut, en vertu de titres authentiques ou privés, s'opposer à l'inscription d'hypothèque conventionnelle sur les biens de son débiteur.

A défaut de titre ou si le titre n'est pas exigible, le juge du domicile du débiteur pourra sur requête permettre l'opposition. » (1)

La Commission n'avait adopté l'opposition qu'en vertu d'un jugement ou d'un acte authentique.

« A partir de l'opposition aucune hypothèque conventionnelle ne pourra être inscrite. L'effet de l'opposition sera d'empêcher qu'aucune inscription ne soit prise et aucun prix de la vente payé au préjudice de l'opposant. »

(1) «Moniteur Universel 1851, p. 577.

M. Arbey demande qu'on accorde le droit de former opposition au porteur d'un titre sous seing privé. Il ne faut pas forcer les créanciers à obtenir un jugement, car alors ce serait dépenser en frais d'obtention ce qu'on a voulu éviter en supprimant l'hypothèque judiciaire. Du jour où il y aura apposition aux hypothèques, il ne faudra plus laisser prendre d'hypothèque, ce sera le seul moyen de rendre la condition des créanciers parfaitement égale. L'opposition profitera à tous et l'hypothèque prise ne sera opposable à aucun d'entre eux. Il suffirait pour obtenir ce résultat de remplacer les mots « de l'opposant » par ces mots « du créancier. »

Le rapporteur s'y oppose. Nous n'avons pas voulu, dit-il, par le seul fait d'un jugement et d'une prise d'opposition, frapper d'indisponibilité tous les immeubles du débiteur. Par ces mots « de l'opposant, » on entend que le créancier opposant conserve le droit de tous les autres créanciers.

M. Sainte-Beuve s'étonne, qu'après avoir supprimé l'hypothèque judiciaire on laisse subsister pour le débiteur, le droit de consentir une hypothèque conventionnelle. Si l'on rencontre au bureau des hypothèques une ou deux oppositions et à leur suite une inscription d'hypothèque conventionnelle comment procédera-t-on? Un concours s'ouvrira. Mais qui y sera appelé? Le créancier hypothécaire et les créanciers opposants seulement, dit le rapporteur. Mais qu'est-ce qu'un droit d'opposition? Est-ce un droit hypothécaire? Non certainement. Mais alors, quand on procédera à la distribution du prix ou d'une partie du prix, de quel droit empêcherez-vous les créanciers, porteurs de titres sous

seing privé non contestés, de venir en concours avec les créanciers hypothécaires et les créanciers opposants ? L'inscription d'hypothèque conventionnelle n'équivaut pas à un transport. Le débiteur n'est pas dessaisi ; il reste propriétaire et tous ses créanciers peuvent concourir. Aucune raison de préférence n'existe au profit des créanciers opposants. Tous les créanciers du débiteur indistinctement prendront part au concours.

Le système, imaginé par la commission, contredit la raison. Il est condamné par notre Code de commerce, qui défend à un débiteur de concéder un privilège, quand il ne peut être pas poursuivi par ses créanciers. M. Sainte-Beuve conclut en demandant qu'on organise une véritable faillite civile.

M. Valette répond en faisant remarquer qu'on ne peut déclarer nulles des hypothèques conventionnelles si on n'a pas une époque à partir de laquelle le débiteur est constitué en état d'incapacité. On ne peut considérer comme l'équivalent d'une faillite le simple fait d'un créancier qui fera inscrire une opposition sur un immeuble pour une créance la plus minime. En matière de faillite la garantie est la décision du tribunal de commerce qui déclare la faillite.

Tant que ce système n'est pas organisé, chaque créancier doit être laissé entièrement libre dans ses poursuites. L'opposition n'aura donc qu'un effet : empêcher que des aliénations ou des constitutions d'hypothèque soient faites au préjudice de l'opposant. L'interdiction d'aliéner n'est même pas absolue puisque des notifications à fin de purge devront être faites par le tiers

acquéreur aux créanciers opposants comme au créancier qui a fait inscrire son hypothèque.

L'article 2161 : « Tout créancier, porteur d'un jugement de condamnation, pourra former au bureau de conservation des hypothèques opposition sur les immeubles de son débiteur, pourvu que le montant de la condamnation soit liquide, ou s'il ne l'est pas, que le tribunal ait provisoirement fixé la somme jusqu'à concurrence de laquelle il serait loisible de former opposition.

Le même droit appartiendra au porteur d'une obligation notariée, lorsque le montant de cette obligation sera liquide et exigible.

Le même droit appartiendra au porteur d'un acte notarié ou sous-seing privé, dans ce dernier cas avec l'autorisation du juge, lorsque la dette sera liquide et exigible.

Ce dernier amendement fut repoussé.

Tout porteur d'un jugement pourra donc former opposition sur un ou plusieurs immeubles de son débiteur. Dans le système français l'opposition n'est pas spécialisée dans son inscription.

« L'opposition portera sur tous les immeubles présents et à venir du débiteur situés dans l'arrondissement du bureau. »

« Son effet sera d'empêcher qu'aucune inscription ne soit prise et aucun prix de vente payé au préjudice de l'opposant. »

Ici, il n'y a donc pas d'interdit jeté sur le patrimoine. Le débiteur ne voit pas son crédit ébranlé. Il pourra comme auparavant aliéner et hypothéquer son immeuble. Le tiers acquéreur sera obligé de faire la purge des

oppositions inscrites. Des notifications à fin de purge devront être adressées à tous les créanciers opposants. D'un autre côté, l'hypothèque constituée et inscrite sur l'immeuble ne sera pas opposable au créancier opposant.

Article 2164. — Si le jugement est attaqué par opposition ou appel, et qu'il ne soit pas exécutoire par provision, la partie condamnée qui voudra obtenir mainlevée de l'opposition sans porter préjudice à son recours pourra consigner à la caisse des dépôts et consignations une somme égale au montant des causes de l'opposition sur la simple représentation de la quittance constatant le dépôt.

L'opposition ainsi organisée présente tous les avantages de l'hypothèque judiciaire. L'hypothèque judiciaire empêche le débiteur de soustraire ses biens à la condamnation par des aliénations ou des hypothèques frauduleuses. L'opposition immobilière arrive au même but : aucune aliénation, aucune constitution d'hypothèque ne pourra nuire à l'opposant. Dans l'un comme dans l'autre cas on trouve donc le respect de la chose jugée et une sanction énergique de l'exécution des jugements. Mais l'hypothèque judiciaire fait naître au profit d'un créancier et au préjudice des autres un droit de préférence injuste. Le premier qui aura inscrit son hypothèque sur un immeuble sera préféré sur le prix de l'immeuble à tous autres créanciers. L'opposition laisse les créanciers dans la situation où elle les trouve ; elle ne garantit à celui qui l'a faite que le dividende auquel il serait réduit au moment de l'inscription par le concours de tous les créanciers chirographaires.

Un débiteur a deux créanciers. Le montant des deux créances est le même : 25.000 francs. Le patrimoine du débiteur ne vaut que 25.000 francs. L'un des deux créanciers porteur d'un jugement de condamnation ou titulaire d'un acte notarié constatant l'obligation du débiteur liquide et exigible, fait opposition sur tous les immeubles de son débiteur. Le montant de sa créance étant égal au montant de la valeur du patrimoine du débiteur, s'il était seul créancier il serait entièrement désintéressé. Mais au moment de l'inscription de son opposition il existe un autre créancier pour une somme égale à la sienne. Si le concours s'ouvrait immédiatement, créanciers chirographaires tous deux, ils auraient mêmes droits au partage et toucheraient la même somme à la distribution du prix.

Le créancier opposant pour une somme de 25.000 francs ne peut inscrire cette opposition que pour une somme égale à celle qu'il toucherait si le patrimoine était vendu au moment de l'inscription et le prix distribué au marc le franc entre les divers créanciers chirographaires. Il ne pourra donc inscrire dans notre espèce son opposition que pour 12.500 francs. L'autre créancier à son tour pourra prendre la même garantie.

L'hypothèque judiciaire ne lui aurait pas permis de le faire. Le créancier porteur d'un jugement de condamnation aurait inscrit son hypothèque judiciaire sur l'immeuble et le prix de 25.000 francs lui aurait été réservé exclusivement. L'autre créancier n'aurait rien obtenu.

L'opposition immobilière telle qu'on l'avait proposée et adoptée en France en 1850 n'est pas là même que

celle qu'on repoussa en Belgique à la même époque.

D'abord l'inscription n'est pas spéciale. Puis l'expropriation n'est pas obligatoire dans l'armée. C'est cette obligation d'exécuter le débiteur dans un délai relativement court qui a fait repousser le système des oppositions par les Chambres Belges. C'était désastreux pour le débiteur et peu avantageux pour les créanciers. Enfin l'opposition ne profite pas à tous les créanciers. Elle leur laisse l'intégralité de leurs droits, sans leur causer aucun préjudice, mais elle ne les fait pas profiter des garanties obtenues par l'opposant.

Une hypothèque conventionnelle, par exemple, inscrite depuis l'opposition ne pourra préjudicier à l'opposant, mais sera parfaitement opposable aux autres créanciers non inscrits. Supposons un patrimoine de 10.000 francs et trois créanciers dont les créances soient égales et dont le total soit supérieur à la valeur du patrimoine. Chacun d'eux a droit à un dividende de 3.333 francs 33. L'un d'eux poursuit, obtient un jugement de condamnation et fait opposition. Son opposition lui assure le paiement de ces 3.333 francs, malgré les aliénations ou les conditions d'hypothèque que pourra faire postérieurement son débiteur. Que l'un des deux autres créanciers obtienne du débiteur une constitution d'hypothèque garantissant l'intégralité de sa créance, par exemple, pour une somme de 5.000 fr., cette hypothèque ne pourra causer aucun préjudice au créancier opposant, vis-à-vis duquel le créancier hypothécaire n'est toujours qu'un simple créancier chirographaire, mais elle est opposable au troisième créancier.

Une question très intéressante se serait posée en pra-

tique. L'hypothèque aurait-elle été opposable au troisième créancier de telle sorte que dans l'espèce, le créancier opposant ayant prélevé ses 3.333 francs, le créancier hypothécaire prit ses 5000 francs et le troisième seulement 1967 ? Ou bien l'hypothèque aurait-elle été réduite elle-même de toute la portion pour laquelle elle eut été opposable au créancier opposant sans son inscription, de telle façon que l'opposant ayant toujours 3.333 francs, le créancier hypothécaire eut à prendre 4.167 francs et le dernier 2.500. C'est à ce second parti qu'on se serait probablement arrêté, ne voulant pas faire pâtir d'autres que le débiteur du jugement obtenu par le premier créancier.

Il y a beaucoup d'analogie entre l'opposition et l'hypothèque. Comme cette dernière, elle est une garantie réelle, elle est munie du droit de suite, mais elle n'a pas le droit de préférence, du moins quant aux créanciers chirographaires.

On a reproché à l'opposition de frapper d'inaliénabilité le patrimoine du débiteur, et d'indisponibiliser tous ses immeubles.

L'immobilisation ne résulte pas de l'opposition ; nous l'avons déjà établi : le débiteur peut vendre son bien frappé d'opposition, comme il peut vendre son bien grevé d'hypothèque ou de privilège. Mais le créancier opposant gardera sur cet immeuble un droit de suite et de préférence sur le prix. Et si le tiers acquéreur veut rendre libre, en faisant la purge, l'immeuble qu'il a acquis, il sera obligé de faire des notifications aux créanciers opposants comme aux créanciers hypothécaires. Le débiteur pourra hypothéquer son immeuble

mais, cette hypothèque ne peut préjudicier en rien au créancier opposant.

Les adversaires de l'opposition font remarquer que le créancier n'est pas mis par elle à l'abri de tout danger. Le débiteur peut contracter après l'inscription d'opposition une foule de dettes chirographaires qui viendront concourir avec la créance de l'opposant. Dans quel intérêt agirait ainsi le débiteur ? Qu'y gagnerait-il ? Il s'exposerait à être poursuivi pour fraude. D'ailleurs on pourrait supprimer le concours des créanciers postérieurs à l'opposition avec l'opposant. Mais cette disposition entraînerait des frais considérables en obligeant tous les créanciers à donner à leurs titres une date certaine.

Si l'on admet comme nous l'avons fait jusqu'ici que l'opposition ne profitera qu'à l'opposant, on rencontrera en pratique des difficultés telles qu'on n'osera pas appliquer ce système. Ce sont ces difficultés qui en 1850 ont fait abandonner l'idée de cette opposition immobilière. On rendrait peut-être ce système pratique en admettant qu'une opposition immobilière formée par un créancier profite aux autres créanciers.

On pourrait ainsi établir une procédure simple et peu dispendieuse, qui établirait une sorte d'arrêt sur le patrimoine et fixerait définitivement dans l'intérêt du demandeur, le droit des autres créanciers à un simple dividende. (1) La loi pourrait organiser une opposition générale ou dénonciation d'insolvabilité, à laquelle seraient attachées toutes les conséquences attribuées

(1) Gannier : Des conséquences juridiques de la déconfiture, p. 333.

par l'article 808 du Code civil aux oppositions signifiées à un héritier bénéficiaire. Cette dénomination porterait assignation au débiteur devant le tribunal civil. Pendant l'instance, tous les créanciers pourraient produire leurs titres et participer aux avantages de l'opposition.

Si le tribunal valide cette dénonciation, le débiteur ne pourra plus faire aucun paiement ni constituer aucune hypothèque qui nuise au créancier opposant ou aux créanciers qui sont intervenus dans l'instance. Une part proportionnelle à leur créance leur sera toujours réservée sur les fonds disponibles.

L'avantage de cette opposition serait que tous les créanciers puissent intervenir dans l'instance. Plus de droit de préférence; l'égalité dans le partage et l'exécution du jugement assurée, voilà les effets de l'opposition.



CHAPITRE VII

Faillite civile

Nous avons examiné l'un après l'autre les différents procédés imaginés pour remplacer l'hypothèque judiciaire. Nous avons voulu exposer en dernier lieu la réforme la plus importante que l'on ait proposée. Elle ne se cantonne pas uniquement dans le domaine de l'hypothèque judiciaire. Elle est plus vaste, elle embrasse tout notre droit. Nous voulons parler de la faillite civile.

(1) C'est M. Vallette qui a proposé de l'organiser. Pour prévenir ce danger, écrivait-il, pour arrêter la fraude qui voudrait se jouer de l'autorité des jugements, il aurait suffi d'admettre le créancier à inscrire au bureau des hypothèques dans une forme déterminée son opposition à toute aliénation ou constitution d'hypothèque qui préjudicierait à ses droits. Mais suivant nous, il y aurait encore mieux à faire et le mode le plus raisonnable serait d'organiser pour les débiteurs non commerçants un état de déconfiture analogue à l'état de faillite.

(1) Revue du droit français et étranger VI (1847).

Beaucoup de personnes craignent ces idées nouvelles qui tendent à fusionner le droit commercial avec le droit civil. La distinction n'est cependant pas bien grande; les deux droits ont beaucoup de points de contact. Des esprits distingués ont essayé de trouver le *criterium* de leur distinction. Les uns l'ont placé dans un but de spéculation qui serait propre aux actes de commerce, les autres dans la nature des choses mobilières qui seraient seules « *res mercatoriae* ». Mais le commerce a étendu l'intention du leure à des contrats essentiellement gratuits et aux immeubles eux-mêmes. La distinction des deux ordres n'était donc pas fondée. Mais elle a eu son utilité : grâce à elle les nouveaux principes qui inspiraient le droit commercial ont reçu toute l'extension qu'ils comportaient indépendamment des principes rigoureux du droit civil. Nous sommes arrivés dans une période où le droit commercial va influer à son tour sur le droit civil et atténuer la rigueur de ses principes (1). Cette tendance d'assimilation des deux codes de commerce et du code civil, au point de vue de la faillite surtout, se rencontre dans la plupart des législations.

Les lois allemandes ne distinguent pas entre la faillite du commerçant et la faillite du non-commerçant. Les mêmes règles les régissent, la même procédure leur est imposée. En Espagne le nouveau code de procédure civile étend à la déconfiture plusieurs règles relatives à

(1) V. Precerutti, uno sguardo ai lavori legislativi d'Italia e d'altri paesi — Leçon d'ouverture à l'Université de Turin-archivio juridico. F. IV, p. 520 = V. Thezard, de l'influence des relations commerciales sur le développement du droit privé. Revue critique de législation et de jurisprudence. Nouvelle série t. III, p. 103-117.

la faillite. En Autriche on trouve aussi l'application du système de la loi romaine, une seule et même procédure réglemeute la faillite des commerçants et des non-commerçants.

Il nous semble utile d'étudier ici en détail deux législations dont l'examen pourrait nous indiquer quelques réformes utiles à notre législation française en matière de déconfiture.

Le droit anglais en cette matière a passé par trois phases: dans la première phase, les commerçants étaient régis par des lois différentes de celles des non-commerçants. Quand un débiteur non-commerçant devenait insolvable, il pouvait afin de prévenir les poursuites judiciaires de ses créanciers leur offrir un arrangement, un contrat d'atemoiement « letter of licence ». En attendant le terme fixé, des inspecteurs pouvaient être préposés à la gestion du patrimoine. Cet arrangement devait être accepté par tous et pouvait être constaté par acte sous seing privé. Si les créanciers ne s'entendaient pas entre eux, ils pouvaient poursuivre le débiteur par voie de contrainte par corps ou saisies de ses biens ou saisies-arrêts.

Le statut 7 Georg. IV, ch. 57 ouvre la deuxième phase. Une cour des insolubles est créée pour examiner les requêtes des débiteurs. Ces derniers peuvent demander leur mise en liberté et, une déclaration d'insolvabilité. C'est là un point de contact avec la faillite des commerçants. La cour nomme un syndic choisi parmi ses membres ou parmi les créanciers. Le débiteur est dessaisi de tous ses biens. La gestion en est confiée au syndic. Après examen de la situation du débiteur, la cour lui accorde

le bénéfice du statut qui le met à l'abri de toute nouvelle poursuite, on augmente la durée de la contrainte par corps s'il a fraudé. Toutefois, et c'est là la différence entre les commerçants et les non-commerçants, s'il vient à acquérir de nouveaux biens la cour peut autoriser les créanciers à venir se faire payer sur ces nouveaux biens.

Deux lois dans la seconde phase régissaient l'insolvabilité des « bankruptcy laws » et les « insolvency laws ». Mais elles ne différaient que par le nom. Le statut 24 et 25 Victoria ch. 134 décide que désormais une seule et même loi régira les commerçants et les non-commerçants au point de vue de la faillite.

En Espagne sous l'empire du code de 1829, la première condition pour qu'un débiteur puisse être déclaré en faillite (*quiebra*) il fallait qu'il fût commerçant.

La « ley de enjuiciamento » de 1855 qui est le code de procédure civile espagnol a tout son titre consacré à l'insolvabilité des non-commerçants. Ici il n'y a plus « *quiebra* » mais « *concurso de acreedores* ». Mais en réalité une seule et même procédure régit les commerçants et les non-commerçants.

Il y a deux espèces de concours de créanciers :

Le premier, volontaire, sur requête adressée au tribunal par le débiteur. Réunion des créanciers est provoquée par des mesures de publicité. Le terme ou la réduction sont mis aux voix. La majorité doit comprendre les deux tiers en nombre des créanciers présents et au moins trois cinquièmes en sommes calculées sur le montant du passif total. Si les créanciers refusent le terme ou la réduction chacun d'eux demeure libre d'exercer ses droits comme il lui plaît. S'il n'y a pas

d'opposition dans la huitaine le juge rendra un jugement et ordonnera les mesures provisoires.

Le second concours (nécessaire) peut s'obtenir par jugement à la poursuite des intéressés quand il y a deux exécutions ou plus accomplies contre le débiteur et qu'on n'aura pu dans ces exécutions trouver de bien libre dont la valeur soit suffisante pour garantir la somme réclamée. Le juge statuera sur le concours, prononcera les mesures de provision nécessaires pour le séquestre et la garde des biens du débiteur. Le séquestre devra présenter toutes garanties. Outre la garde des biens, il devra les administrer, recouvrer les créances et proposer aux juges l'aliénation des biens susceptibles de se détériorer. Le débiteur pourra, dans les trois jours de la signification qui lui en sera faite, s'opposer à la déclaration de concours.

Si la déclaration de concours acceptée par le débiteur est confirmée par le tribunal, la réunion des créanciers sera provoquée pour l'élection des syndics choisis parmi les créanciers chirographaires seulement. Leur travail consiste à administrer le concours, vérifier et classer les créances, enfin qualifier le concours. Leur travail est soumis à l'approbation du tribunal après audition du ministère public.

Nous venons de voir dans deux pays une assimilation complète des commerçants et des non-commerçants au point de vue de la faillite. Ne serait-il pas possible d'établir chez nous quelque chose d'analogue. Le débiteur serait déclaré insolvable par un jugement régulier; aussitôt l'administration de ses biens lui serait enlevée et confiée à des syndics. On le mettrait ainsi dans l'im-

possibilité de consentir des aliénations ou des hypothèques au préjudice de la masse créancière. La gestion des syndics exercée dans l'intérêt commun se substituerait avantageusement à l'anarchie des mesures et des poursuites individuelles. La chose jugée trouverait ainsi son autorité fortifiée tout en respectant le principe d'égalité entre les créanciers. L'hypothèque judiciaire n'aurait plus de raison d'exister et avec elle disparaîtraient tous les inconvénients.

En Prusse le code civil a établi une assimilation complète entre les commerçants et les non-commerçants. Il en est de même en Autriche. Dans ces deux pays, sauf quelques différences de détail, on retrouve la reproduction à peu près fidèle de la loi romaine ; le débiteur peut céder ses biens volontairement à ses créanciers en leur faisant l'aveu de son insolvabilité. L'expropriation forcée peut être imposée au débiteur s'il disparaît sans laisser à personne mandat de le représenter ou si son héritier n'accepte sa succession que sous bénéfice d'inventaire.

Dans les deux hypothèses, l'état d'insolvabilité est judiciairement établi, le failli est dessaisi de l'administration de ses biens ; sont annulés tous actes qu'il aurait faits en fraude de la masse créancière. Ici, la faillite ne se dédouble pas en déconfiture et faillite proprement dite : il n'y a qu'une seule et même procédure commune à tous.

La cause déterminante de la faillite au commerce est la cessation de paiements du débiteur (art. 437). Il est impossible aux créanciers d'établir d'une façon absolue l'insolvabilité de leurs débiteurs. [Aussi la loi a-t-elle

adopté comme critérium d'insolvabilité le signe le moins discutable de la gêne du débiteur, c'est-à-dire la cessation des paiements. Devra-t-on en matière civile suivre la même voie et déclarer la déconfiture dès la cessation de paiements. Le crédit des négociants dépend de l'empressement qu'ils mettent à payer leurs dettes et à s'acquitter de leurs obligations. Ce paiement s'opère par l'acquittement de lettres de change, effets à ordre ou chèques dont la vertu propre est de ne souffrir aucun retard dans le recouvrement. Les commerçants comptent sur leurs rentrées pour se mettre en règle avec leurs propres fournisseurs, et retarder un paiement de quelques jours expose le créancier non payé à ne pouvoir lui-même s'acquitter de ses engagements envers d'autres. En est-il de même dans la vie civile ? Les particuliers ne traitent pas sous un terme de rigueur. Ils achètent et paient au mois ou à l'année. Il est même un fait à constater : c'est que ce sont généralement les plus fortunés qui sont les plus lents à s'acquitter. La cessation de paiements ne peut donc être prise en matière civile comme critérium, comme signe de l'insolvabilité.

Il faut chercher d'autres signes dénonciateurs de la gêne. C'est ce qu'ont fait plusieurs lois étrangères.

En Autriche où, en matière commerciale, la cessation de paiements peut ouvrir l'ère de la faillite, on se montre plus exigeant en matière civile. La loi § 62 et 64 exige le concours de plusieurs poursuites à fin d'exécution contre le débiteur qui, mis en demeure dans un certain délai de donner une garantie ou de démontrer par un état de ses affaires sa solvabilité, n'a pu satisfaire à cette exigence. La fuite ou la preuve que le débiteur

s'est caché à cause de sa gêne peut aussi donner lieu à la déclaration de la déconfiture. La loi autrichienne du 16 mars 1884, article 2, a modifié le droit antérieur en ce que maintenant la déclaration du concours est possible quoiqu'il ne se présente qu'un seul créancier. (1)

En Norwège et en Danemarck il faut en matière civile l'insuccès d'une voie d'exécution ou la fuite du débiteur causée par son insolvabilité. Dans les lois scandinaves, le commerçant n'est pas déclaré en faillite par le seul effet de la cessation de paiements, il faut de plus qu'il ait laissé une dette en souffrance après une sommation publique et l'expiration d'un certain délai.

En Espagne, la déclaration du concours civil n'a lieu que s'il y a plusieurs exécutions pendantes sur les biens du débiteur reconnus insuffisants pour couvrir les dettes qui ont été produites.

En Allemagne, le législateur a assimilé complètement la déconfiture à la faillite. L'insolvabilité du débiteur seule, peut servir de base à la déclaration. Le juge cependant doit s'inspirer de la cessation de paiement et aussi de toute autre circonstance de fait qu'il lui plaît d'admettre. Cette assimilation complète des situations, si différentes cependant des commerçants et des non-commerçants eut entraîné de très graves inconvénients. Aussi les Allemands s'autorisent de l'élasticité de la formule pour admettre en fait des divergences d'appréciation de la part du juge (2). Bien qu'il n'y ait pas de séparation à établir en principe entre les commerçants et les non-commerçants. le juge, dans l'examen de

(1) Ann. lég. étrangère, 1885 p. 305.

(2) Fitting, p^e 280, note 4,

l'espèce, obéira à la considération suivante : on compte sur la ponctualité absolue de paiements, quand le débiteur exercera un commerce ou une profession voisine, et par conséquent le fait de transgresser l'échéance éveille chez lui la supposition d'une incapacité de payer, tandis que pour des dettes particulières cette simple omission ne suffit pas à elle seule à engendrer la même présomption.

Si l'ouverture de la faillite civile dépend de causes différentes de celle de la faillite commerciale, les conditions de sortie ne peuvent pas non plus être les mêmes. La faillite du commerçant se clôture tantôt par l'union, tantôt par le concordat. On ne peut songer à ce dernier en matière de faillite civile. Le concordat consiste à mettre le failli à la tête de ses affaires en lui accordant un délai de paiement ou même en lui faisant pour partie remise de sa dette. Les créanciers y trouvent leur profit. La diminution des frais leur permettra de toucher des dividendes plus élevés.

Ils pourront même être payés intégralement s'ils ont accordé un délai et si le débiteur, grâce au concordat, reconstitue sa fortune et devient solvable. Il n'y a que le commerçant qui puisse ainsi, à la faveur de la spéculation, rétablir l'équilibre dans son budget. D'ailleurs le concordat qui est une faveur méritée par le commerçant malheureux et honnête, ne serait pour le non-commerçant qu'un encouragement à son incurie ou à sa prodigalité. Certaines législations étrangères, l'Allemagne, l'Espagne et l'Angleterre ont cependant étendu aux non-commerçants le bénéfice du concordat, les autres lois le refusent.

M. Thaller répond aux deux objections que l'on fait à l'extension du concordat aux non-commerçants. D'abord, il est faux de dire que le non-commerçant ne peut se relever par son activité et son travail. Ensuite le non-commerçant gêné peut être aussi intéressant et aussi honnête que le commerçant. C'est parfois un père de famille qui a placé ses capitaux dans une maison de banque et s'est vu ruiné par l'effondrement de cette maison. C'est parfois un créancier à hypothèque spéciale qui s'est vu préféré, sur l'immeuble qui lui était hypothéqué, par un créancier à hypothèque générale née antérieurement. Ce peut-être aussi un commanditaire ruiné par son commandité commerçant, et qui se verra refuser le concordat qu'on accorde à ce dernier. Nous sommes d'accord avec M. Thaller pour réclamer le concordat, en faveur du non-commerçant.

Mais l'éminent professeur va plus loin. Envisageant la question de plus haut, il se demande pourquoi on ne fusionnerait pas complètement le code de commerce avec le code civil. Il n'y a plus de raison à l'heure actuelle pour faire des commerçants une secte privilégiée. Tous les citoyens français doivent être mis sur un pied d'égalité parfaite. Les obligations qu'ils contractent doivent naître, exister et s'éteindre de la même façon. Revenant alors à la faillite, M. Thaller propose d'établir aux lieu et place de la cessation de paiements, des causes dûment spécifiées de faillite, sans distinction entre le droit civil et le droit commercial, sur le modèle

de la législation romaine et de la législation anglaise contemporaine.

Gaius (1) reconnaît trois circonstances déterminant l'emploi de la faillite :

1° la cession de biens (*corum qui ex lege Julia bonis cedunt*) l'abandon spontané des biens à la masse créancière ;

2° la fuite du débiteur ou sa disparation (*eorum qui fraudationis causa latitant nec absentes defenduntur*) ;

3° l'expiration, après une condamnation du délai accordé pour se procurer l'argent et payer (*judicatorum post tempus quod eis..... ad expediendam pecuniam tribuitur*).

Nous laissons de côté l'envoi en possession après décès, et le défaut de comparution en justice.

Le droit anglais s'est inspiré de la législation romaine.

Voici, d'après M. Thaller, comment s'ouvrirait la faillite :

1° par le dépôt du bilan ;

2° assignation des créanciers. La loi anglaise n'exige pas comme Gaius une condamnation et l'expiration d'un délai. Il suffira que sept jours se soient écoulés après une mise en demeure du créancier contenant menace de faillite.

La sommation d'huissier, tel est l'acte entre tous sur lequel la demande en faillite devrait s'appuyer. En matière commerciale et dans son application aux effets de commerce elle devient le protêt. Quant au délai on pourra le faire varier suivant les circonstances, mais « qu'on fasse au civil comme au commerce, de la mise

(1) Gaius comment. III, § 78.

en demeure extra-judiciaire, de la sommation signifiée par un officier ministériel, l'acte initial de la procédure de la faillite et la manifestation légale de la pénurie du débiteur. » (1)

Cet essai de réforme se rapproche de la proposition Saint-Martin déposée en 1870 à la Chambre des députés.

Dans le système de M. Thaller la faillite serait reportée au jour où les premières sommations ont été signifiées.

Quand à l'application au débiteur civil des règles de la banqueroute simple ou frauduleuse, M. Garraud, à la fin de son ouvrage sur la déconfiture, propose de traiter en banqueroutier, celui qui se serait engagé avec la certitude de ne pouvoir acquitter sa dette.

La généralisation de la faillite aux non-commerçants rendrait complètement inutile l'hypothèque judiciaire. En effet, qu'est-ce que l'hypothèque judiciaire? C'est une hypothèque qui résulte d'un jugement? Quel jugement? Un jugement portant condamnation. Le créancier non payé au terme attaque son débiteur devant les tribunaux. Le débiteur est condamné à payer sa dette. Dans notre droit en vertu de l'article 2123, le jugement emporte hypothèque générale sur les biens du débiteur. Il accorde donc au créancier un droit de préférence injustifié et un droit de suite. Dans l'hypothèse de la faillite civile plus de droit de préférence et par conséquent l'injustice cesse. Plus n'est besoin de droit de suite puisqu'à partir de la sommation de payer, le débiteur a été dessaisi en principe de la libre disposition de ses

(1) Thaller, p. 179.

biens. Si plus tard le tribunal déclare la faillite civile, l'effet de la déclaration s'opérera rétroactivement à la date de la sommation. Tous les actes de disposition accomplis par le débiteur failli seront annulés de plein droit. Le concours sera ouvert sur les biens du débiteur entre tous les créanciers. Ils pourront tous produire à l'ordre et seront payés chacun au prorata de sa créance à moins qu'il n'y ait entre eux des causes légitimes de préférence (art. 2093).

Il est bon d'indiquer ici une innovation faite en Suisse et qui est un véritable acheminement vers la généralisation de la faillite. Le projet Heusler de 1874 avait comme base l'extension de la faillite aux non-commerçants. Dans le projet déposé à l'assemblée fédérale en 1886 on a pris un moyen terme. Les raisons que donne le Message du Conseil Fédéral ne sont nullement déterminantes. La généralisation, dit ce Message, aurait pour résultante la ruine du débiteur. Il fait surtout allusion aux agriculteurs qui peuvent plus difficilement que tous autres se procurer les fonds dont ils ont besoin. Ils n'ont pas comme les commerçants des banquiers pour leur avancer les fonds ; leur crédit est faible et le plus souvent réduit à néant par la précarité actuelle de leur situation. La crise agricole qui les étreint et tarit les sources de leurs revenus, les empêche bien souvent de payer leurs loyers aux termes fixés. Que le propriétaire exigeant les sommes de payer, et qu'ils laissent s'écouler le délai sans acquitter leur dette, les voilà déclarés en faillite ! Ce serait désastreux.

On oublie que dans notre système nous avons demandé l'extension du concordat aux non-commerçants. Les

fermiers pourront donc jouir de ce bénéfice et grâce à lui continuer l'exploitation de leur ferme, attendant des temps plus heureux. De plus, leur crédit n'est pas aussi ébranlé qu'on veut bien le faire supposer. Les fermiers, à l'heure actuelle, ont leurs engrais à crédit. Il n'y a que le propriétaire qui exige chaque année le paiement de son loyer. La loi de 1889, en restreignant le privilège du propriétaire a augmenté d'ailleurs le crédit du fermier. De plus, le projet de loi déposé par le gouvernement sur les warrants agricoles ne fera que le fortifier et rendre de plus en plus complète l'assimilation complète du fermier au commerçant.

Les particuliers non-commerçants se livrent de plus en plus à des opérations qui touchent singulièrement de près aux opérations commerciales. La vie économique a changé. Par la force des choses, presque tout le monde est devenu commerçant. Le code de commerce a été très gêné pour donner une définition du mot commerçant. Il nous dit dans son article premier, sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle ». Mais a-t-il au moins dit ce qu'était un acte de commerce ? A-t-il indiqué ses caractères essentiels qui permettent de le distinguer d'une façon certaine de tous autres ? Non. On a essayé d'indiquer des caractères distinctifs communs à tous les actes de commerce.

Les uns ont dit que ce sont des actes de spéculation, c'est-à-dire ayant pour but de réaliser des bénéfices en argent. Mais, le fermier en prenant à bail un fonds rural spécule, le commanditaire spécule. On aurait donc compris une assimilation complète des non-commer-

çants aux commerçants et la généralisation de la faillite. Mais les Suisses ont craint de froisser l'opinion toujours quelque peu routinière en opérant une réforme radicale. Ils s'en sont tenus à un moyen terme. Ce moyen terme suppose comme une institution inconnue chez nous, une institution d'origine allemande que les Suisses ont adoptée en la modifiant : les registres de commerce. En Allemagne, toute personne entreprenant un commerce doit, sous peine d'amende, faire mentionner sur un registre spécial son nom et la signature sous laquelle elle se livrera au commerce. Les Suisses ont étendu à toute personne la faculté de faire inscrire son nom sur le registre. Toute personne capable de s'obliger par un contrat a obtenu le droit de se faire inscrire sur les registres du commerce (art. 865). Si à la date de la naissance de l'obligation non acquittée, le débiteur était inscrit sur le registre, il sera considéré comme un commerçant et pourra être mis en faillite. Libre à qui veut de renforcer son crédit en garantissant à ses créanciers le bénéfice de la liquidation collective. Bien des personnes en profiteront : les dénombrements faits en Suisse prouvent qu'en 1885, 2135 citoyens étrangers au négoce sont venus s'ajouter aux 25,508 commerçants et aux 5,645 sociétés immatriculés.

L'immense avantage de ce système et qui s'impose à tous, c'est que l'on substitue à la question de savoir si un débiteur est commerçant ou non la certitude résultant de l'inscription au registre.

M. Thaller croit que le moment n'est pas venu en France d'introduire une pareille innovation. Les esprits n'y sont pas encore préparés.

Mais on pourrait au moins assimiler les non-commerçants aux commerçants au point de vue de la faillite, admettre pour ces deux classes une procédure unique ou du moins réorganiser complètement la déconfiture.

On pourrait créer pour l'insolvabilité civile une procédure analogue dans sa marche et dans ses effets à la procédure de la faillite.

Les intérêts des créanciers seraient sauvegardés par deux sortes de mesures : l'organisation collective de la procédure et le système des nullités.

Par l'organisation d'une liquidation collective avec les mesures de publicité nécessaires, tous les créanciers exerceraient la même action. Plus de droit de préférence attribué au créancier premier poursuivant. Tous les créanciers seraient mis sur un pied d'égalité. La conséquence de ce concours serait le dessaisissement du débiteur. Il ne pourrait plus ainsi diminuer son patrimoine. Les fraudes que le droit civil ne peut empêcher, puisqu'elles ne sont que l'exercice d'un droit deviendraient forcément impossibles dans notre système.

Avec cette organisation collective, le dessaisissement forcé rendrait nuls de plein droit, tous les actes faits par le débiteur postérieurement à ce dessaisissement. On pourrait peut-être aussi, pour éviter les difficultés d'exercice de l'action paulienne présumer la fraude chez le débiteur qui insolvable fait une aliénation gratuite de ses droits. Cette présomption tomberait devant la preuve contraire établie par le débiteur ou le tiers qui a profité de cette aliénation.

La contrainte par corps étant supprimée, le dol et la faute du débiteur restent impunis. Faut-il rétablir cette

contrainte ? Nous ne le pensons pas. Une organisation de la déconfiture à ce point de vue, sur le modèle de la faillite rendrait les mêmes services. Il y aurait d'abord une insolvabilité civile à l'abri de toute répression pénale mais entraînant des incapacités et des déchéances ; puis une insolvabilité compliquée de dol, dégénérant en banqueroute frauduleuse.

Les articles 584 à 600 du code de commerce seraient étendus aux actes de commerce.

Enfin la privation de tous les droits civils, les déchéances encourues par le failli devraient être appliquées aussi aux non-commerçants.

Ce serait le seul moyen de fortifier le crédit personnel, si fortement ébranlé depuis la suppression de la contrainte par corps.



CONCLUSION

Comme conclusion de cette étude, nous ne pouvons, semble-t-il, mieux faire que citer un projet de réforme de la déconfiture présenté par M. Garraud, projet qui tout en assurant le respect de la chose jugée, établirait une égalité absolue entre tous créanciers.

Art. 1^{er}. « La déconfiture est l'état d'un non-commerçant notoirement insolvable. »

Art. 2. « La déconfiture est déclarée par jugement du tribunal civil du domicile du débiteur, rendu, soit à la requête du ministère public, soit sur la déclaration du débiteur faite au greffe sur le registre des renonciations à succession, soit à la requête au moins de deux créanciers. »

Art. 3. « La déconfiture ne peut être déclarée que si le chiffre des sommes dues dépasse 50,000 fr. en principal. Les tribunaux ont un pouvoir souverain d'appréciation pour constater la déconfiture. Le jugement déclaratif sera exécuté provisoirement ; il nommera un ou plusieurs syndics pour administrer les biens du débiteur. Ces syndics seront choisis parmi les avoués et les notaires du ressort. »

Les articles 4 et 5 établissent des mesures de publicité.

Art. 6. « Le jugement déclaratif de déconfiture emportera de plein droit, à partir de sa date, dessaisissement pour le débiteur de l'administration de tous ses biens présents et à venir. Néanmoins, le déconfit continuera à toucher ses traitements et pensions jusqu'à concurrence de la portion insaisissable. »

« A partir de ce jugement, toute action mobilière ou immobilière ne pourra être suivie ou intentée que contre le syndic; toute voie d'exécution sera suspendue. »

Art. 7. « Le jugement déclaratif de déconfiture rend exigibles, à l'égard du déconfit, les dettes non échues qui ne sont pas garanties par une sûreté spéciale.

En cas de déconfiture du souscripteur d'un billet à ordre, de l'accepteur d'une lettre de change ou du tireur à défaut d'acceptation, les autres obligés seront tenus de donner caution pour le paiement à échéance, s'ils n'aiment mieux payer immédiatement.

Art. 8. « Le jugement déclaratif de déconfiture arrête, à l'égard de la masse seulement, le cours des intérêts de toute créance non garantie par un privilège, par un nantissement ou une hypothèque.

Les intérêts des créances garanties ne pourront être réclamés que sur les sommes provenant des biens affectés au privilège, à l'hypothèque ou au nantissement. »

Les articles 10 et 11 visent des points de détail.

Les articles 12 à 15 organisent la procédure de vérification des créances.

Enfin les articles 16 à 20 indiquent dans quels cas la déconfiture peut se transformer en banqueroute simple ou banqueroute frauduleuse et lui déclarent applicables les articles 605 à 614 du code de commerce.

M. Garraud n'a pas cru devoir étendre le bénéfice du concordat aux non-commerçants. Nous avons exposé plus haut les raisons qui nous engagent à demander, avec M. Thaller, que cette mesure de faveur leur soit accordée au même titre qu'aux commerçants.

L'hypothèque judiciaire sera supprimée forcément par l'organisation de cette déconfiture. Le principe d'égalité entre créanciers sera respecté, le débiteur ne pourra plus diminuer son patrimoine et ainsi l'autorité de la chose jugée ne sera plus à la merci de la mauvaise foi du condamné.



BIBLIOGRAPHIE

Annuaire de législation française.

AUBRY et RAU. — *Cours de Code civil*, 4^e édition.

BAUDRY-LACANTINERIE. — *Précis de Droit civil*, 4^e édition.

BAUDRY-LACANTINERIE et P. DE LOYNES. — *Du nantissement
des privilèges et hypothèques et de l'expropriation.*

BOITARD, COLMET DAAGE et GLASSON. — *Leçons de Procé-
dure civile.*

CARRÉ et CHAUVEAU. — *Lois de la Procédure civile.*

CHALLAMEL. — *Etude de l'hypothèque judiciaire.*

DALLOZ. — *Recueil périodique.*

DALLOZ. — *Répertoire de législation et son supplément.*

DEMANTE continué par Colmet de Santerre.

DEMOLOMBE. — *Cours de Code Napoléon*, 2^e édition.

DUCROCQ. — *Cours de Droit administratif.*

DUTRUCQ. — *Supplément aux lois de la procédure civile
de Carré et Chauveau.*

FENET. — *Recueil des travaux préparatoires du Code civil.*

GARRAUD. — *De la déconfiture.*

GARSONNET. — *Cours de Procédure civile.*

GRÉNIER. — *Traité des Hypothèques.*

HUC. — *Commentaire du Code civil.*

Journal du Notariat.

Journal officiel.

Journal du Palais.

LAURENT. — *Principes du Code civil.*

LOIS NOUVELLES. — *Recueil de législation et de jurisprudence.*

Moniteur universel.

MOURLON. — *Répétitions écrites, 3^e édition.*

PANDECTES FRANÇAISES. — *Répertoire de législation et de jurisprudence.*

PANNIER. — *Des conséquences juridiques de la déconfiture.*

PERSIL. — *Traité des hypothèques.*

PAUL PONT. — *Traité des hypothèques.*

Procès-verbaux de la Commission extra-parlementaire du cadastre, 4 fascicules.

Revue du Notariat.

Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence.

Revue critique de législation et de jurisprudence.

SERRIGNY. — *Compétence administrative.*

SIREY. — *Répertoire de législation et recueil périodique.*

SIREY. — *Lois annotées.*

THALLER. — *De la faillite.*

TROPLONG. — *Droit civil expliqué.*

VALETTE. — *Revue du droit français et étranger IV.*

DE VAREILLE-SOMMIÈRES. — *L'hypothèque judiciaire.*

WEIN. — *Traité élémentaire de droit international privé.*

TABLE DES MATIÈRES

Introduction

PAGES

PREMIÈRE PARTIE

Critique de l'hypothèque judiciaire

CHAPITRE I. — <i>Condamnation de l'hypothèque attachée aux jugements de reconnaissance</i>	11
CHAPITRE II. — <i>Examen des critiques dirigées contre l'hypothèque judiciaire</i>	27

DEUXIÈME PARTIE

Réforme de l'hypothèque judiciaire

CHAPITRE I. — <i>Historique des différents projets de réforme</i>	61
CHAPITRE II. — <i>Système des prénotations. . . .</i>	89
CHAPITRE III. — <i>Système de M. Challamel . . .</i>	101
CHAPITRE IV. — <i>Suppression radicale de l'hypo- thèque judiciaire</i>	119

CHAPITRE V.— <i>Maintien de l'hypothèque judiciaire</i> <i>avec modifications.</i>	123
CHAPITRE VI. — <i>Système des oppositions</i>	129
CHAPITRE VII. — <i>De la faillite civile.</i>	141
<i>Conclusions.</i>	

Vu :

Le Président de la Thèse,
PLANIOL.

Vu :

Le Doyen,
E. GARSONNET.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

